

**ADRIANA LOPES DE SOUSA**

**POSSIBILIDADE OU NÃO DE UTILIZAÇÃO DO PREGÃO  
PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS OU SERVIÇOS DE  
ENGENHARIA**

**Brasília  
2014**

**ADRIANA LOPES DE SOUSA**

**POSSIBILIDADE OU NÃO DE UTILIZAÇÃO DO PREGÃO  
PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS OU SERVIÇOS DE  
ENGENHARIA**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida  
Barbosa

**Brasília  
2014**

Dedico este trabalho àquela que foi a pessoa mais importante da minha vida, que me ensinou tudo o que de mais importante uma pessoa deve saber. Minha mãe Maria, que hoje não está mais entre nós, mas sempre acreditou em mim e sempre torceu por minhas conquistas.

Agradeço a Deus, acima de tudo.

Agradeço a toda minha família e amigos, que acompanharam minha luta, sempre me dando apoio e não me deixando desistir.

Agradeço ao professor e orientador, Salomão Almeida Barbosa, pela paciência, compreensão e dedicação prestadas.

## RESUMO

A presente monografia tem por escopo estudar a modalidade licitatória denominada pregão e, em especial, investigar a possibilidade ou não de utilizá-la quando o objeto da contratação pública enquadrar-se no conceito de obra ou serviço de engenharia. Para tanto, serão abordados temas pertinentes ao estudo das contratações públicas, tais como conceito de licitação, os princípios correlatos, modalidades e tipos de licitação. Ademais, será estudada a legislação aplicável ao pregão, que possui como norma geral a Lei nº 10.520/2002 e regulamentação por meio dos Decretos Federais nºs 3.555/2000 (pregão presencial) e 5.450/2005 (pregão eletrônico). Antes de entrar no tema proposto, ainda serão apontadas algumas características próprias do pregão, bem como apresentação de alguns conceitos inerentes a discussão proposta, tais como o conceito de bens e serviços comuns, de obras e serviços de engenharia. Por fim, serão apresentadas as visões tanto da doutrina quanto do Tribunal de Contas da União no que pertine a tema pesquisado.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo; Contratação Pública; Licitação; pregão; pregão presencial; pregão eletrônico; bens e serviços comuns; obras e serviços de engenharia.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1. LICITAÇÃO .....</b>	<b>7</b>
1.1. Conceito .....	7
1.2. Dever de licitar .....	8
1.3. Princípios .....	10
1.3.1. Isonomia / Igualdade .....	10
1.3.2. Legalidade .....	11
1.3.3. Vinculação ao instrumento convocatório .....	12
1.3.4. Publicidade .....	13
1.3.5. Impessoalidade/ Julgamento objetivo .....	13
1.3.6. Moralidade/Probidade administrativa .....	14
1.4. Modalidades de Licitação .....	15
1.4.1. Concorrência, tomada de preço e convite .....	17
1.4.2. Leilão .....	17
1.4.3. Concurso .....	18
1.4.4. Pregão .....	18
1.5. Tipos de Licitação .....	18
<b>2. PREGÃO .....</b>	<b>20</b>
2.1. Breve histórico .....	20
2.2. Conceito .....	22
2.3. Características .....	23
2.3.1. Pregão (comum ou presencial) .....	23
2.3.2. Pregão eletrônico .....	25
2.4. Obrigatoriedade de sua utilização .....	26
2.5. Vantagens e desvantagens .....	27
2.5.1. Vantagens .....	27
2.5.2. Desvantagens .....	29
<b>3. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.....</b>	<b>31</b>
3.1. Bens e serviços: comum, simples, complexo, sob encomenda .....	31
3.2. Obra e Serviço .....	35
3.2.1. Obras de engenharia .....	37
3.2.2. Serviços de engenharia .....	38
3.3. Jurisprudência .....	41
3.3.1. Supremo Tribunal Federal .....	41
3.3.2. Superior Tribunal de Justiça .....	42
3.3.3. Tribunais Regionais Federais .....	43
3.3.4. Tribunal de Contas da União .....	49
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo deste estudo, traçou-se um panorâma dos procedimentos atinentes à contratação pública. Onde serão abordados os conceitos de licitação, dos princípios que devem ser observados em todas as fases da contratação pública, das modalidades licitatórias existentes, bem como dos tipos de licitação.

Pode-se extrair da leitura do inciso XXI, artigo 37, da Constituição Federal de 1988, que os contratos celebrados com a Administração Pública, via de regra, necessitam de licitação prévia.

Vale dizer que a licitação é uma das fases que compõe o processo de contratação pública, que é composto por três fases: a interna, também denominada fase de planejamento; a externa, momento onde se verifica se o objeto está sujeito a uma licitação, dispensa ou inexigência; e a fase contratual<sup>1</sup>.

Ademais os procedimentos licitatórios devem obediência a uma série de princípios, que, segundo o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, a escolha da proposta “[...] será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”.

O art. 22 da Lei nº 8.666/1993 disciplina cinco modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Além dessas cinco modalidades, com a edição da Lei nº 10.520/2002, acrescentou-se nova categoria: o pregão.

Assim, conforme ensina Lucas Rocha Furtado, “a licitação é gênero do qual a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão são suas espécies.”<sup>2</sup>.

Outro ponto estudado diz respeito aos tipos de licitações, que, segundo o art. 45 da Lei nº 8.666/1993, podem ser de quatro tipos: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta (“nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso”).

---

<sup>1</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012.

<sup>2</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.452.

O segundo capítulo será dedicado a esclarecer com maiores detalhes a peculiaridades do pregão.

Essa modalidade de licitação foi instituída, em âmbito nacional, com o advento da Lei nº 10.520/2002, para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimada para contratação.

E, conforme conceitua o parágrafo único do artigo primeiro da lei em comento, bens e serviços comuns são “[...] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”.

Ademais, essa modalidade pode ser processada na forma presencial ou eletrônica. O pregão é regulado pela Lei nº 10.520/2002, bem como pelos Decretos nºs 3.555/2000 (pregão presencial) e 5.450/05 (pregão eletrônico).

Será demonstrado algumas vantagens decorrentes da utilização do pregão, tais como “[...](a) o potencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, (b) a ampliação do universo de licitantes e (c) a simplificação do procedimento licitatório.”.<sup>3</sup> Bem como suas desvantagens “[...] a) a dificuldade na obtenção de prestações de qualidade adequada, b) a redução da segurança da Administração quanto à idoneidade do licitante, c) a preponderância das empresas de maior poder econômico.”<sup>4</sup>.

Por fim, o último capítulo será dedicado ao enfrentamento do problema proposto: possibilidade ou não de utilização do pregão na contratação de obras ou serviços de engenharia. Para tanto, serão expostos alguns conceitos trazidos pela doutrina na tentativa de explicar o que seria um bem ou serviço comum ou quando o objeto da contratação se enquadraria no conceito obra ou serviço de engenharia. Ademais serão trazidas algumas jurisprudências tratando do assunto.

---

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 20.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op, cit., p. 21



## 1. LICITAÇÃO

Para que se possa compreender bem a modalidade denominada pregão mostra-se necessário a apresentação de vários conceitos e particularidades que envolvem a disciplina das licitações.<sup>5</sup>

Por essa razão este primeiro capítulo do trabalho será dedicado basicamente a apresentação de conceitos relacionado às contratações públicas, tais como o conceito de licitação, dos princípios que devem ser observados em todas as fases da contratação pública, das modalidades licitatórias existentes, bem como dos tipos de licitação.

### 1.1. Conceito

Ao tratar do tema, vários doutrinadores trazem em suas obras conceitos semelhantes para licitação. Tais definições estão vinculadas à conceituação que a própria Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (lei geral de licitações) estabelece em seu artigo 3º: “licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável [...]”.

Destaca-se a definição de Marçal Justen Filho, que diz:

“A licitação é o procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com a observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.”<sup>6</sup>

Complementando o conceito acima, Hely Lopes Meirelles afirma que a licitação é apenas uma das fases do processo de contratação pública:

“[...] licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório ao futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa

---

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.19.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. 9. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p.494.

de direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor.”<sup>7</sup>

No que diz respeito a essa divisão do processo de contratação pública, Renato Geraldo Mendes explica que a contratação possui três fases: a interna, também denominada fase de planejamento; a externa, momento onde verifica-se como ocorrerá a aquisição do objeto (licitação, dispensa ou inexigência); e a fase contratual. Portanto, “[...] a licitação é realidade intermediária entre o planejamento e a execução do contrato.”. Sendo que a “[...] modalidade é a forma específica de realizar a licitação, a fim de viabilizar a sua finalidade [...]”, que segundo o autor seria a “melhor relação custo-benefício.”<sup>8</sup>.

Ainda, o referido autor faz um alerta quanto à expressão “melhor relação benefício-custo”, apontando que não se deve entendê-la como sinônimo de menor preço:

“O objetivo é, primeiramente, assegurar o benefício e, somente depois, escolher o menor preço. Assim, é o benefício que condiciona o preço, e não o contrário. O ideal é falar sempre em melhor preço, pois o que o calibra é o benefício.”<sup>9</sup>

## 1.2. Dever de licitar

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, estabeleceu a obrigação de que a Administração Pública utilize o processo de licitação pública para celebração de contratos cujo objeto verse sobre obras, serviços, compras e alienações.<sup>10</sup>

Em razão do comando constitucional acima aludido, “[...] a União Federal editou a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para ser o estatuto jurídico das licitações e contratos.”.<sup>11</sup>

Vale dizer que essa necessidade que o Estado possui em celebrar contratos com particulares justifica-se pelo fato de que ele “[...] não dispõe de conhecimento, de

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 281.

<sup>8</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012, p.250-252.

<sup>9</sup> MENDES, Renato Geraldo, op. cit., p. 252.

<sup>10</sup> MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19.

<sup>11</sup> MONTEIRO, Vera, op. cit., p. 20.

recursos materiais ou de pessoal necessários para a execução de serviços ou a produção de bens de que necessita.”.<sup>12</sup>

Deve-se deixar claro que a disciplina da lei geral de licitações possui o condão de vincular todos os Poderes do entes políticos. Nesse sentido, o vocábulo “Administração” não deve ser entendido como sinônimo de “Poder Executivo”. Segundo Marçal Justen Filho:

“Os órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas e do Ministério Público, quando efetivam contratação com terceiros, desempenham atividade de natureza administrativa. Sujeitam-se, nesse ponto, aos princípios e regras atinentes à atividade administrativa do Estado.”<sup>13</sup>

Neste ponto, destaca-se a conceituação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro para a expressão “Administração Pública”. A autora conceitua Administração Pública em sentido objetivo e em sentido subjetivo. Em sentido objetivo “[...], a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos.”. E em sentido subjetivo define Administração Pública “[...], como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.”.<sup>14</sup>

Toshio Mukai diz que esta obrigação de licitar decorre de dois “princípios fundamentais”, o princípio do direito público e o princípio do direito administrativo:

“O princípio de direito público é o da indisponibilidade do interesse público [...], que obriga o administrador público a buscar sempre e sempre a contratação mais vantajosa para a Administração.

O princípio de direito administrativo é o da igualdade dos administrados [...]; este princípio obriga que o administrador ofereça iguais oportunidades aos concorrentes (iguais ou concretos) de virem a ser contratados com a Administração.”.<sup>15</sup>

Os princípios descritos por Mukai condizem com o disposto no caput do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que estabelece os dois elementos indispensáveis na conceituação de licitação, quais sejam, a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.12.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.20-21.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57-58.

<sup>15</sup> MUKAI, Toshio. Conceitos e Princípios da Licitação: os elementos e instrumentos jurídicos do Direito Administrativo que compõem e ajustam o tema ao Direito Público. **Boletim de Licitações e Contratos**, ano XVI, n. 6, jun.2003, p.394.

Ademais, o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 estabelece alguns princípios norteadores do procedimento licitatório. Princípios estes que serão estudados nos itens seguintes.

### 1.3. Princípios

Os procedimentos licitatórios devem obediência a uma série de princípios. Contudo, não existe um consenso entre os doutrinadores quanto ao número exato e a nomenclatura desses princípios.

Conforme o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a escolha da proposta “[...]será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”.

Justen Filho afirma que estes princípios emanam da Constituição, uma vez que o art. 3º da lei de licitações está vinculado diretamente ao artigo 37 da Constituição Federal. Acrescenta que o referido artigo “[...] sintetiza o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º.”.<sup>16</sup>

#### 1.3.1. Isonomia / Igualdade

Como já apontado, o princípio da isonomia é “*princípio fundamental*” de toda e qualquer licitação, configurando-se em uma das finalidades que se busca alcançar por meio do procedimento licitatório. Sendo assim, deve ser observado desde o momento da elaboração do ato convocatório até a conclusão do procedimento.<sup>17</sup>

Justen Filho afirma que este princípio visa garantir “[...] o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração.”<sup>18</sup>, e aponta como pode ser vantajoso para a Administração a observância desse princípio:

---

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.61.

<sup>17</sup> MUKAI, Toshio. Conceitos e Princípios da Licitação: os elementos e instrumentos jurídicos do Direito Administrativo que compõem e ajustam o tema ao Direito Público. **Boletim de Licitações e Contratos**, ano XVI, n. 6, jun.2003- p. 396.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p.69.

“[...] A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração.”<sup>19</sup>

Ademais o referido autor, elenca hipóteses em poderia haver violação do princípio em tela:

“[...] o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionais com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.”<sup>20</sup>

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles esclarece que não fere ao princípio da igualdade o fato de a Administração fixar certos requisitos de participação no ato convocatório:

“[...] não configura atentado ao princípio da igualdade entre licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixa-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.”<sup>21</sup>

### 1.3.2. *Legalidade*

Segundo Carvalho Filho, o princípio da legalidade “[...] é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe.”<sup>22</sup>, pois, diferentemente do que é exigido dos particulares, a quem é lícito fazer tudo aquilo que não for defeso em lei, cabe à Administração atuar em estrita conformidade daquilo que é expressamente previsto em lei.<sup>23</sup>

No âmbito das licitações, este princípio encontra-se explicitado no art. 4º da Lei nº 8.666/1993, que diz “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou

<sup>19</sup>JUSTEN FILHO, Marçal., op. cit. , p. 69

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 71.

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 283.

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 241-242.

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 89.

entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, [...]”.

Este princípio impõe a vinculação dos procedimentos licitatórios à lei, devendo ser observado não só pela Administração, mas também pelos licitantes.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “[...] essas prescrições decorrem não só da lei, mas, também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que contempla as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere [...]”.<sup>24</sup>

Conduto, embora estejamos diante de um procedimento de característica eminentemente vinculante, pode-se dizer que “a legalidade não é incompatível com a atribuição de uma margem de autonomia de escolha (discrecionariiedade) para a autoridade administrativa.”<sup>25</sup>.

### *1.3.3. Vinculação ao instrumento convocatório*

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está relacionado ao princípio da legalidade, pois a “[...] validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação depende de sua compatibilidade não apenas com a Lei, mas também com os atos administrativos praticados nas etapas anteriores.”<sup>26</sup>.

Como já exposto no item anterior, embora o procedimento licitatório seja composto na maior parte por atividades vinculantes, é reservado à Administração certa margem de discrecionariiedade para celebração do futuro contrato, tais como “a liberdade de escolha do momento da realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento, etc.”<sup>27</sup>. Todas as essas condições deverão compor o ato convocatório da licitação.

E, uma vez que o ato convocatório for constituído, “a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele”<sup>28</sup>. O que significa que “[...] as regras traçadas para o

---

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 282.

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 71.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 75.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 70.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 73.

procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.”<sup>29</sup>

#### *1.3.4. Publicidade*

Segundo Marçal Justen Filho, o princípio da publicidade possui duas funções, quais sejam, a de permitir o “[...] amplo acesso dos interessados ao certame. [...]”. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. [...]”<sup>30</sup>.

Quanto à primeira função apontada por Justen Filho, esclarece Carvalho Filho que “[...] quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.”<sup>31</sup>.

Existe a possibilidade de afastamento do princípio em tela, quando se tratar de questões sigilosas. Nesse caso, caberá à Administração apresentar justificativa plausível, que demonstre a estrita necessidade de proteção de algum interesse público que possa de fato ser ofendido.<sup>32</sup>

#### *1.3.5. Impessoalidade/ Julgamento objetivo*

O princípio da impessoalidade determina que a “Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica.”<sup>33</sup>.

Este princípio impede que haja discriminação entre os licitantes “quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais.”<sup>34</sup>.

Na mesma esteira, pode-se afirmar que “o julgamento nas licitações deve ser feito de acordo com critérios objetivos previamente indicados no edital. Não pode ficar a critério subjetivo da comissão de julgamento, porque senão haveria quebra da igualdade.”<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 241-242.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. 9. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p. 500.

<sup>31</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 243.

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 501.

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 242

<sup>34</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 283.

Ademais, segundo este princípio, o ato convocatório “[...] tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores.”<sup>36</sup>.

### *1.3.6. Moralidade/Probidade administrativa*

Alguns doutrinadores conceituam os princípios da moralidade e da probidade como sinônimos. E, de fato, estes princípios apresentem grande relação entre si. Contudo, José Afonso da Silva procura diferenciá-los, considerando a moralidade como algo mais amplo:

“A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem [...]”<sup>37</sup>

Acrescenta Hely Lopes que “a probidade administrativa é dever de todo administrador público, mas a lei a incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente como advertência às autoridades que a promovem ou a julgam.”<sup>38</sup>.

Na mesma linha de pensamento, Carvalho Filho afirma que o princípio da Probidade Administrativa exige que “[...] o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo, para com a própria Administração, e evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, [...]”<sup>39</sup>.

Renato Geral Mendes, ao tratar dos princípios que regem a contratação pública, traz uma proposta diferente da classificação convencional exposta neste capítulo. O autor elenca dez princípios, que “não estão previstos em nenhum artigo específico, mas decorrem

---

<sup>35</sup> MUKAI, Toshio. Conceito e princípios da licitação: os elementos e instrumentos jurídicos do direito administrativo que compõem e ajustam o tema ao direito público. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo: NDJ, junho 2003, p. 397.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 499-500.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p.669.

<sup>38</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 286.

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 243-244.



de todos”. Cabe destacar o trecho onde constam os dez princípios propostos pelo referido autor, que, segundo ele, “a essência é a mesma, o que muda é a embalagem”<sup>40</sup>:

- “I) Que a identificação do encargo/objeto atenda à efetiva necessidade da Administração, garanta a indispensável qualidade, possibilite solução econômica e não restrinja imotivadamente a disputa;
- II) Que o preço a ser pago pelo objeto seja justo e exequível;
- III) Que sejam observadas as exigências legais de naturezas orçamentária e financeira para a realização da despesa;
- IV) Que as regras do jogo sejam claras, conhecidas, cumpridas e definidas, de modo a assegurar a obtenção do encargo/objeto desejado e a respeitar a ordem jurídica vigente;
- V) Que haja competição efetiva entre os licitantes e que todos disponham das mesmas informações;
- VI) Que toda e qualquer discriminação adotada seja justificável por razões de ordem técnica ou jurídica e as exigências definidas sejam indispensáveis para assegurar e garantir o cumprimento do objeto;
- VII) Que nenhum competidor seja eliminado, senão por motivo de descumprimento de exigência essencial;
- VIII) Que todas as decisões adotadas respeitem às exigências da ordem jurídica, sejam devidamente motivadas e possam ser discutidas;
- IX) Que o vencedor seja definido por critérios objetivos quando a seleção das propostas for realizada por meio de licitação;
- X) Que o contrato seja uma relação de equivalência jurídica entre encargo e remuneração (preço) a ser obrigatoriamente respeitada durante toda a execução contratual.”

Feitas essas primeiras considerações, passa-se a análise das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/2002, ambas de mesma hierarquia, prescrevendo as normas gerais sobre licitação. Tratam-se de seis modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão.<sup>41</sup>

#### **1.4. Modalidades de Licitação**

O art. 22 da Lei nº 8.666/1993 disciplina cinco modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Vale ressaltar que a Lei nº 8.666/1993 veda expressamente a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades nela referidas.

<sup>40</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012, p. 64-65.

<sup>41</sup> MORAES, Silvio Freire de. O pregão e os serviços de engenharia. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 7-16, mar. 2008, p. 11.

Contudo, a Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que foi convertida na Lei nº 10.520 de 2002, acrescentou nova categoria: o pregão.

Tolosa Filho diz que “[...] a Medida Provisória n. 2.026, introduzindo o pregão como modalidade de licitação, derogou o parágrafo 8º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93, que impedia a criação de novas modalidades de licitação ou uma simbiose entre elas.”<sup>42</sup>

De acordo com Lucas Rocha Furtado, “a licitação é gênero do qual a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão são suas espécies.”<sup>43</sup>.

O referido autor, ainda, separa as modalidades em dois grupos: comuns e especiais. Dentre as modalidades já citadas, são consideradas especiais o concurso e o leilão, pois possuem destinação bem específica. A primeira destina-se a escolha de trabalhos artísticos, técnicos ou científico; a segunda destina-se à alienação de bens.<sup>44</sup>

Ademais, Renato Geraldo Mendes diz que essas seis modalidades são os meios distintos de que a Administração possui para conduzir o processo de contratação, mas que todas possuem a mesma finalidade, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa:

“Quando se diz que existem seis modos de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão), o que se pretende é ressaltar que há seis modos distintos de conduzir a disputa entre os licitantes, muito embora todas elas tenham a mesma finalidade: a seleção de uma pessoa para viabilizar a solução desejada pela Administração, pela melhor relação benefício-custo.”<sup>45</sup>

Por fim, vale destacar um alerta feito por Marçal Justen Filho quanto às seis modalidades aludidas: “Lembre-se que essas seis modalidades não se confundem com aquelas alternativas disciplinadas na Lei nº 12.462 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), que apresentam características distintas e cuja adoção depende da presença de pressupostos específicos.”<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 2.

<sup>43</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.452.

<sup>44</sup> FURTADO, Lucas Rocha, op. cit., p.453.

<sup>45</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012, p. 253.

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 18.

#### *1.4.1. Concorrência, tomada de preço e convite*

No que tange as modalidades concorrência, tomada de preço e convite, o valor do objeto (compra, serviço ou obra) é o critério principal utilizado pelo administrador no momento da escolha de qual modalidade irá utilizar.

Utilizando o valor do contrato como referência, pode-se eleger entre uma das três modalidades, observando-se os limites estabelecidos no art. 23 da Lei de Licitações:

“Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).”

Vale transcrever o §3º do referido artigo, que versa a respeito da obrigatoriedade de utilização de concorrência, independentemente do valor da contratação:

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País

#### *1.4.2. Leilão*

Conforme estabelece a Lei nº 8.666/1993 em seu artigo 22, parágrafo 5º, o leilão é uma modalidade de licitação onde qualquer interessado pode participar, cujo objetivo seja “a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.”

### *1.4.3. Concurso*

Assim como no leilão, a modalidade denominada concurso comporta a participação de todos os interessados e será utilizada quando a Administração tem por objetivo “a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores”, cujo critérios para participação devem ser constar de edital publicado na imprensa oficial, com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme estabelecido no parágrafo 4º, artigo 22 da Lei nº 8.666/1993.

### *1.4.4. Pregão*

Tendo em vista que será dedicado um capítulo para o tema, limita-se aqui neste item a fazer breves comentários a respeito da modalidade denominada pregão.

Essa modalidade de licitação foi instituída, em âmbito nacional, com o advento da Lei nº. 10.520/2002, para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimada para contratação.

E, conforme conceitua o parágrafo único do artigo primeiro da lei em comento, bens e serviços comuns são “[...] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”.

Ademais, essa modalidade pode ser processada na forma presencial ou eletrônica. Possui como norma geral a Lei nº 10.520/2002, bem como é regulada pelos Decretos Federais nºs 3.555/2000 (pregão presencial) e 5.450/2005 (pregão eletrônico).

Por fim, importante esclarecer que, independentemente do valor do ajuste, tratando-se de bem ou de serviço comum, o administrador deve utilizar a modalidade pregão, sendo preferencial o uso da forma eletrônico, conforme previsão do Decreto nº 5.450/2005:

“Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.”

## **1.5. Tipos de Licitação**

O artigo 45 da Lei nº 8.666/1993 estabelece quatro tipos de licitação: “a de menor preço , a de melhor técnica, a de técnica e preço, a de maior lance ou oferta.”.

Para o objeto de estudo deste trabalho, vale estabelecer alguns conceitos dos três primeiros tipos. Em especial o tipo “menor preço”, tendo em vista que é este o critério de julgamento no pregão. Segundo Carvalho Filho:

“O menor preço é o resultado que decorre de verificação objetiva. Diz a lei que esse tipo ocorre quando o instrumento convocatório determina que a proposta mais vantajosa será aquela que se apresentar de acordo com as especificações do edital e ofertar o menor preço.”<sup>47</sup>

No que tange ao tema proposto no presente trabalho, vale dizer que, segundo o art. 2º do Decreto nº 5.450/2005, o pregão eletrônico é uma modalidade cujo tipo é o menor preço:

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

Quanto ao tipo técnica e preço, segundo Carvalho Filho, esse tipo de licitação “[...] caracteriza-se pelo fato de que o resultado do certame se faz de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório [...]”.<sup>48</sup>

Importante destacar o que dispõe o art. 46 da Lei nº 8.666/1993 para os tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço”:

“Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.”

Feitas essas breves considerações a respeito dos princípios que regem as licitações, suas modalidades e tipos existentes, a partir do próximo capítulo será trabalhado com maiores detalhes a modalidade licitatória objeto do presente estudo, o pregão.

---

<sup>47</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.p. 288.

<sup>48</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p.288-289.

## 2. PREGÃO

### 2.1. Breve histórico

Segundo Tolosa Filho, justifica-se a implantação do pregão no Brasil pelo fato de que nessa modalidade os procedimentos são revestidos de maior celeridade, possibilitando redução de custos quando da contratação pela Administração Pública de bens e serviços cuja natureza seja comum. Isto porque essa modalidade possibilita a redução de prazos, as decisões são concentradas durante a sessão e, principalmente, possibilita a disputa de preços por meio de lances verbais.<sup>49</sup>

Interessante registrar que teve seu início com a edição da Lei nº. 9.472 de 16 de julho de 1997, denominada Lei Geral das Telecomunicações, que instituiu a modalidade do pregão apenas no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e, conforme disciplina o art. 56 da referida lei, tal modalidade seria empregada para a aquisição de bens e serviços comuns.<sup>50</sup>

No entanto, em pouco tempo de existência o referido diploma legal sofreu impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a ADI/DF nº 1668/1997. Contudo, até ano corrente, a referida ADI aguarda julgamento.<sup>51</sup>

Vera Monteiro acrescenta que:

“[...] o Supremo Tribunal não suspendeu a eficácia de qualquer dispositivo questionado da LGT sobre o tema. [...]. Assim, com a autorização dada pela LGT e o aval do Supremo Tribunal Federal, a prática do pregão existe no Direito Brasileiro desde a edição, pela ANATEL, de seu regulamento de contratações.”<sup>52</sup>

Vale destacar que o art. 54 da Lei nº 9.472/1997 vedou expressamente, no âmbito daquela Agência, a adoção do pregão para contratação de obras e serviços de

<sup>49</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

<sup>50</sup> MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26-27.

<sup>51</sup> Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=1668&processo=1668>> Acesso em: 23 mar. 2014.

<sup>52</sup> MONTEIRO, Vera, op.cit., p. 35.

engenharia, apontando o regime da Lei nº 8.666/1993 como sendo o adequado para tais contratações:

“Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.”

Desse modo, até a edição da Medida Provisória nº 2.026/2000, o pregão era uma realidade exclusiva da ANATEL, pois “[...] nenhum outro órgão administrativo (federal, estadual ou municipal) estava autorizado a utilizar-se desta outra modalidade.”<sup>53</sup>

Em razão dos bons resultados que o pregão trouxe para a ANATEL, após dois anos e meio o Governo Federal resolveu ampliar o alcance dessa nova modalidade para toda a Administração Pública.

Para tanto, utilizou-se de medida provisória. Foi assim que, em 4 de maio de 2000, editou-se a Medida Provisória nº 2.026, “reeditada pelo Governo Federal mês a mês, por 18 meses consecutivos.”<sup>54</sup>

A referida medida provisória foi regulamentada pelo Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, que apresentou dois anexos: o primeiro regulamentou o pregão propriamente dito e o segundo elencou bens e serviços considerados comuns. Em 12 de maio de 2010 o anexo II desse Decreto foi expressamente revogado pelo Decreto nº 7.174/2010.<sup>55</sup>

A medida provisória que instituiu o pregão o fez limitando seu alcance apenas à União. E essa questão somente ficou superada quando houve a conversão da medida provisória em comento na Lei nº 10.520/2002, que não mais restringiu o uso dessa modalidade ao âmbito federal.<sup>56</sup>

Com a edição dessa lei, silenciou-se quanto à aplicação nas contratações de obras ou serviços de engenharia, trazendo como condição utilização do pregão, tão somente, a exigência de que o objeto da licitação seja definido como bens ou serviços comuns, conforme dispõe o seu artigo 1º e parágrafo único:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

---

<sup>53</sup> MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

<sup>54</sup> MONTEIRO, Vera, op. cit., p.36.

<sup>55</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 343.

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 417.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

Ao se referir ao pregão como “instrumento de reforma da legislação sobre licitações”, Marçal Justen Filho resume bem o histórico dessa modalidade:

“as primeiras normas restringiam a aplicação do pregão no âmbito federal. O segundo passo foi a generalização do pregão para todas as órbitas federativas. Depois, consagrou-se dispositivo regulamentar que impôs como obrigatória a adoção do pregão, preferencialmente sob a forma eletrônica.”<sup>57</sup>

Importante esclarecer que o advento da legislação que institui essa modalidade de licitação não tem por objetivo revogar Lei nº 8.666/1993, mas tão somente complementá-la: “É importante sublinhar que a nova legislação tem o objetivo básico de complementar a Lei nº 8.666/93. Não houve, pois, o intuito de revogação desta última lei.”<sup>58</sup>

Tal entendimento encontra resguardo na própria lei que instituiu o pregão, que em seu artigo 9º assim estabeleceu: “Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Nessa mesma esteira Justen Filho afirma que “[...] as normas da Lei nº 10.520 devem ser interpretadas em termos harmônicos com os princípios e regras albergados na Lei nº 8.666.”<sup>59</sup>

## 2.2. Conceito

Segundo Justen Filho, o pregão é uma das seis modalidades de licitação existentes, processada sob o tipo menor preço. Ademais, o objeto da contratação deve versar sobre bem ou serviço comum. Acrescenta o autor que essa modalidade é “[...] caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas.”<sup>60</sup>

Na mesma linha de pensamento, Jacoby conceitua o Pregão como:

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 18.

<sup>58</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 301.

<sup>59</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 201, p. 18.

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.9.



“[...] o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando a execução de objeto comum do mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos.”<sup>61</sup>

## 2.3. Características

### 2.3.1. Pregão (comum ou presencial)

Como dito anteriormente, o pregão é uma modalidade de licitação. O que significa dizer que ela possui características procedimentais próprias, diferentes das demais modalidades elencadas na Lei nº 8.666/1993.<sup>62</sup>

A partir do conceito de Marçal Filho trazido no item anterior, torna-se possível extrair, resumidamente, algumas características do pregão: do tipo menor preço; utilizado para contratação de bem ou serviço comum; composto por duas fases: competição e habilitação.

No que tange ao enquadramento no tipo menor preço, essa determinação parte expressamente da Lei nº 10.520/2002, art. 4º, inciso X:

“para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;”

Essa modalidade de licitação pode ser utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação, “[...] de modo diverso, pois, das modalidades tradicionais de licitação [...], cuja utilização depende, salvo raras exceções, do valor do bem a ser obtido, [...]”.<sup>63</sup>

Nesse sentido, afirma Justen Filho que a “[...]configuração do bem como comum independe do seu preço. O pregão não é reservado apenas para objetos de pequeno valor.”<sup>64</sup>

<sup>61</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 341.

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p.9.

<sup>63</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.17.

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.37.

Outra característica peculiar do pregão refere-se à sequência de etapas que o compõem, pois verifica-se grande diferença em relação às tradicionais modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que ocorre a inversão das fases de habilitação e de julgamento de propostas.

Neste sentido, Renato Geraldo Mendes afirma que “Fundamentalmente, a diferença entre pregão e concorrência, ou a diferença entre o regime jurídico da Lei nº 10.520/02 e a disciplina da fase externa do processo de contratação dada pela Lei nº 8.666/93, é a inversão de etapas.”<sup>65</sup>.

No que se refere às etapas que compõem o processo de contratação pública, acrescenta Renato Geraldo Mendes que:

“A análise das condições pessoais é a etapa da licitação denominada de habilitação, e a apuração da melhor relação benefício-custo é a etapa conhecida como classificação (análise e julgamento da proposta). Além dessa etapas, a licitação possui outras, a de publicidade, que é anterior às duas indicadas, bem como a recursal e a de controle, que são posteriores.”<sup>66</sup>

Quanto à forma que se procede a fase externa dessa modalidade, Sidney Bittencourt tece um comparativo entre o pregão e o leilão, uma vez que a etapa de lances “ocorre como leilão às avessas, onde quem “dá menos” (ou seja, quem oferece o menor lance) se sagra vencedor do certame e passa a ser um fornecedor ou um prestador de serviços da Administração Pública.”<sup>67</sup>

Tendo em vista que o procedimento pelo qual o pregão se desenvolve é mais simples e o exame das propostas ocorre de maneira superficial, adverte Marçal Justen Filho que a sua utilização se torna adequada “para contratações que não envolvam complexidades. [...] adequado apenas para licitações que versem sobre objeto dito “comum”. E acrescenta que o “procedimento do pregão não é voltado a avaliar de modo mais aprofundado a capacidade do licitante nem se preocupa com variações da qualidade do produto ofertado”.<sup>68</sup>

Ulisses Jacoby, resumidamente, elenca as seguintes características do pregão: “a) limitação do uso a compras e serviços comuns; b) possibilidade de o licitante

<sup>65</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012, p. 251.

<sup>66</sup> MENDES, Renato Geraldo, op. cit., p. 251.

<sup>67</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo: a nova modalidade de licitação para União, Estados, Municípios e Distrito Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2004, p. 21.

<sup>68</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.10

reduzir o valor da proposta; c) inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; e d) redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado no final do certame.”<sup>69</sup>

### 2.3.2. *Pregão eletrônico*

O Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, regulamenta o pregão na modalidade eletrônica.

Conforme diz Justen Filho, apesar de o pregão eletrônico apresentar algumas peculiaridades específicas, trata-se, na verdade, da modalidade de licitação “pregão” “[...] o que significa a submissão às normas gerais (princípios e regras) contidas na Lei nº 8.666 e à disciplina da Lei nº 10.520 [...]. Acrescenta o autor que “[...] não pode haver ‘especialistas em pregão eletrônico’, se não forem eles, antes de tudo, especialistas em licitações e em pregão comum.”<sup>70</sup>

Ulisses Jacoby elenca as principais inovações advindas com a edição do referido decreto:

“a) tornou obrigatório, para bens e serviços comuns, o pregão; b) a forma preferencial passou a ser a eletrônica; c) não vedou o uso da forma eletrônica para serviços de engenharia comum; d) determinou o uso preferencial da cotação eletrônica para os casos de dispensa de licitação amparados no art. 24, inc. II, da Lei nº 8.666/1993.”<sup>71</sup>

Renato Geraldo Mendes entende que os “[...] pregões eletrônico e presencial não constituem modalidades distintas de licitação, mas duas formas diferentes de realizar a mesma licitação e atender ao mesmo rito.”<sup>72</sup>

No mesmo sentido, Carvalho Filho afirma que tratam-se de duas modalidades de pregão e não duas modalidades distintas de licitação, onde:

“O primeiro se caracteriza pela presença, em ambiente físico, de agentes da Administração (como, v.g., o pregoeiro) e dos interessados em determinadas etapas do procedimento. O segundo é o que se processa, em ambiente virtual, por meio da tecnologia da informação (Internet).”<sup>73</sup>

<sup>69</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.341.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 281.

<sup>71</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, op. cit., p. 343-344.

<sup>72</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012, p. 256.

<sup>73</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 281.

Por outro lado, Marçal Justen Filho posicionou-se no sentido de que se tratam de modalidades distintas, pois apresentam diferenças relevantes. Contudo, alerta o autor que a “posição conduziria a negar a validade do pregão eletrônico, eis que não se admite a criação de procedimento licitatório por via regulamentar.”<sup>74</sup>.

## 2.4. Obrigatoriedade de sua utilização

Marçal Justen Filho levanta a seguinte questão: “[...] a Administração Pública dispõe da faculdade de valer-se do pregão para contratação de objeto comum ou o reconhecimento da existência de um objeto comum acarreta a obrigatoriedade do seu uso?”<sup>75</sup>.

A discussão na doutrina quanto à obrigatoriedade ou não da utilização de pregão quando o objeto da contratação corresponder a um bem ou serviço comum surgiu devido a previsão constante no art. 4º do Decreto nº 5.450/05, onde ficou estabelecido que “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”.

E, segundo Carvalho Filho, tal exigência caberia somente ao poder executivo federal, não sendo exigida a sua utilização aos outros poderes e as demais esferas da administração. Seguindo a mesma linha de pensamento cite-se trecho de um artigo que versa a respeito da obrigatoriedade da utilização do pregão:

“Em decorrência do disposto no art. 4º do Decreto nº 5.450/05, somente ao executivo federal, caberá a obrigatoriedade do pregão, como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, por ter sido uma determinação de sua autoridade máxima, o Presidente da República. Quanto aos poderes legislativo e judiciário, ao ministério público - que também possui autonomia administrativa (art. 127, §2º, da CF/88) - e demais esferas de administração (estadual e municipal), não estão obrigados a utilizar o pregão, nas suas aquisições de bens e serviços comuns, mas, sempre que possível, adotem a nova modalidade, devido às vantagens apresentadas. Devendo considerar que a modalidade eleita seja aquela que mais se ajuste ao princípio constitucional da eficiência.”<sup>76</sup>

Ademais, acrescenta Tolosa Filho que o fato de não se utilizar o pregão para contratações de objeto que se enquadrem no conceito de bens e serviços comuns “significa

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 17.

<sup>75</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 61.

<sup>76</sup> ARAÚJO, Luís Fernando Almeida de. A obrigatoriedade do pregão. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**, Curitiba: Zênite, n. 142, p. 1.060, dez. 2005, seção Pregão em Destaque.

ofender aos princípios constitucionais de moralidade, de eficiência, de economicidade e de razoabilidade.”<sup>77</sup>

Nessa esteira, destaca-se trecho do Acórdão nº 2079/2007 – TCU-Plenário onde o Ministro Relator faz referência ao parecer emitido pelo Ministério Público/TCU, que assim se manifestou quanto a evolução do pregão, que passou a ser obrigatória em alguns casos:

“11. Em razão da natureza do assunto, pedi a assistência do Ministério Público/TCU, que também se pronunciou pela improcedência da representação, conforme seu parecer (fls. 431/437):

[...]

Sem a pretensão de adentrar o foro volitivo do legislador ou de formular juízo de mérito sobre meras hipóteses, de fato não é forçoso crer que o instituto do pregão fora inicialmente empregado em caráter experimental no âmbito da União e que sua extensão aos demais entes federados ficara condicionada à efetividade e ao sucesso de sua aplicação na esfera federal, o que, de fato, acabou por ocorrer, dois anos mais tarde.

Um segundo aspecto a denotar a evolução do uso do pregão está associado à atual obrigatoriedade de seu uso em determinadas situações. **O que antes era facultativo ao administrador, hoje transformou-se em obrigação. Se o pregão, antes, era opção, atualmente, seu não emprego é motivo de necessária justificativa por parte do agente público.**”<sup>78</sup> (destacou-se)

## 2.5. Vantagens e desvantagens

Conforme apontado por Marçal Filho, “[...] o pregão apresenta grandes vantagens em relação às modalidades tradicionais. No entanto, isso não significa ausência de deficiências e inadequações.”<sup>79</sup>.

Tal alerta serve como premissa de que a ânsia que a Administração possui em empregar o regime do pregão em todas as contratações públicas, tendo vista tratar-se de um procedimento mais simplificado, pode desencadear problemas graves, conforme será apontado mais adiante.

### 2.5.1. Vantagens

Tolosa Filho lista uma série de benefícios para a Administração Pública ao utilizar o pregão na contratação de bens e serviços comuns, tais como “[...] simplicidade do

<sup>77</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.15

<sup>78</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2079/2007**. Relator: Ministro Marcos Vinicius Vilaça. Sessão de 3/10/2007. Disponível em: < <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20071004/TC-009-930-2007-7.doc>>. Acesso em 23 mar. 2014.

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 19-20.

procedimento, [...] redução dos custos com publicidade de editais e de despachos intermediários, pela celeridade proporcionada pelos prazos mais curtos, pela transparência do julgamento, culminando com a consequente redução dos preços pagos pelos bens e serviços contratados.”.<sup>80</sup>

Na sua forma eletrônica o pregão ainda afasta a barreira da distância física, o que permite a participação de um número maior de interessados, bem como possibilita “[...] a identificação prévia dos licitantes e/ou do conteúdo de suas propostas. Tais circunstâncias dificultam práticas de conluio entre licitantes ou formação de cartéis.”<sup>81</sup>

Justen Filho apresenta três vantagens do pregão em relação às demais modalidades disciplinadas pela Lei nº 8.666/93: “[...] (a) o pontencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, (b) a ampliação do universo de licitantes e (c) a simplificação do procedimento licitatório.”.<sup>82</sup>

Quanto a primeira vantagem, pode-se dizer que isso se deve ao fato de que o pregão é a modalidade cujo o tipo é o menor preço e nessa modalidade a competição entre os interessados ocorre em sessão pública, onde são feitas propostas e lances, sucessivos e decrescentes. Desse modo, “existe um incentivo à obtenção de contratações com valor econômico reduzido.”<sup>83</sup>.

No que se refere a segunda vantagem apresentada, a ampliação do universo de licitantes torna-se um fato evidente no pregão na sua forma eletrônica, uma vez que as propostas e lances são feitas por meio da internet, o que representa a possibilidade de participação do certame por interessados independentemente do local em que se encontre no país. E, como registra Marçal Filho, a vantagem no aumento dessa competitividade é que isso “[...] reduz o risco de acordos reprováveis entre os licitantes e amplia a possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas.”<sup>84</sup>

Por fim, a terceira vantagem diz respeito à simplificação do procedimento, que, segundo o autor, deve-se a ocorrência da inversão de fases, fazendo com que somente seja examinada a documentação de habilitação do licitante vencedor do certame. Ademais, a

<sup>80</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de, op. cit., p.3.

<sup>81</sup> CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MANUEL, Luiz Eduardo Coimbra de. Notas sobre as licitações por pregão e as fraudes: breves reflexões e a desconstrução de um mito. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 10, n. 116, p. 43-49, ago. 2011, p. 43.

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 20.

<sup>83</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 20

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 20

fase recursal também é reduzida, uma vez que somente é cabível recurso contra a última decisão adotada pela Administração. Assim, “[...] um pregão pode iniciar-se e encerrar-se em horas, senão em minutos – hipótese impensável no âmbito das licitações tradicionais da Lei nº 8.666.”<sup>85</sup>.

Carvalho Filho demonstra algumas vantagens na utilização do pregão eletrônico em detrimento do pregão comum:

“O pregão eletrônico apresenta algumas vantagens em relação ao presencial. Primeiramente, reduz-se o uso do papel, já que os atos se produzem pela Internet. Depois, há menor sobrecarga para o pregoeiro, já que há menos documentos para analisar. Ainda: o pregão eletrônico é mais célere e eficaz quando se trata de licitação por itens ou lotes. Por fim, os recursos da tecnologia da informação aproximam as pessoas e encurtam as distâncias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração.”<sup>86</sup>

### 2.5.2. Desvantagens

Segundo ensinamentos de Marçal Justen Filho, o pregão apresenta algumas fragilidades que propiciam algumas desvantagens: “[...] a) a dificuldade na obtenção de prestações de qualidade adequada, b) a redução da segurança da Administração quanto à idoneidade do licitante, c) a preponderância das empresas de maior poder econômico.”<sup>87</sup>.

No que tange à qualidade da prestação, repita-se, o pregão é uma modalidade que emprega o tipo menor preço. Marçal propõem a adoção de medidas preventivas no momento da elaboração do edital, onde faz-se necessário o estabelecimento de “parâmetros, de qualidade mínima, precisos e adequados, de modo a dispor de critérios objetivos para identificar objetos imprestáveis.”<sup>88</sup>. Ademais aponta a necessidade de fiscalização da execução contrato pelo particular, de modo a observar se o parâmetros fixados no edital estão sendo fielmente cumpridos.

Quanto à verificação da idoneidade do licitante, a inversão de fases nesse caso reverte-se em ponto negativo, pois somente após a seleção da proposta mais vantajosa serão julgados dos requisitos de habilitação do proponente, o que pode interferir na imparcialidade da Administração no julgamento, conforme ensina Marçal Filho:

“O conhecimento do valor ofertado pelo licitante contamina, de modo inquestionável, a isenção para avaliar o preenchimento dos requisitos de

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 20

<sup>86</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 303

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 21

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 21

habilitação. As vantagens econômicas ofertadas pelo licitante incentivam a Administração a ignorar defeitos e tentar ‘salvar’ uma proposta que, em outro cenário, seria sumariamente rejeitada. [...]”

Por fim, no que diz respeito à preponderância de empresas de maior poder econômico, esclarece o autor que “[...] grandes empresas estão em condições de oferecer menores preços, em virtude de uma lei econômica inafastável. Trata-se de que a elevação da escala de atuação do empresário permite a ele praticar preços menores.”<sup>89</sup>. O que inviabiliza a competição de pequenos e micro empresários.

Por oportuno, vale transcrever trecho do livro de Carvalho filho, onde o autor aponta algumas desvantagens na utilização do pregão na sua modalidade eletrônica:

“Como desvantagens, cite-se o fato de que várias pessoas federativas não têm ainda o sistema que lhes permita utilizar a modalidade eletrônica. [...]. Da mesma forma, o pregão presencial será mais adequado quando houver necessidade de exibição de produtos ou de análise mais detalhada de planilhas de composição de custos, tarefa usualmente de grande complexidade.”<sup>90</sup>

Por fim, muito embora exista um universo maior de participantes, em especial se se tratar de pregão eletrônico, o que, a princípio, dificulta a formação de cartéis, essa modalidade não possui o poder de eliminar a ocorrência de fraudes, “[...] mas apenas a provocar uma espécie de metamorfose, em que a camuflagem ou a nova roupagem da fraude resta, inclusive, mais difícil e tecnicamente mais complexa de ser detectada, [...]”.<sup>91</sup>

Partindo-se das características e peculiaridades próprias do pregão apresentadas neste capítulo, busca-se no capítulo seguinte elucidar o problema proposto no presente estudo: possibilidade ou não de contratação de obra ou serviço de engenharia por meio do pregão, seja na forma presencial ou eletrônica.

<sup>89</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 22

<sup>90</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 303

<sup>91</sup> CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MANUEL, Luiz Eduardo Coimbra de. Notas sobre as licitações por pregão e as fraudes: breves reflexões e a desconstrução de um mito. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 10, n. 116, p. 43-49, ago. 2011, p.43.



### 3. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

#### 3.1. *Bens e serviços: comum, simples, complexo, sob encomenda.*

A modalidade licitatória do pregão será utilizada nos casos em que a Administração necessitar adquirir bens ou contratar serviços comuns, segundo o que dispõe o artigo 1º da Lei nº 10.520/2002: “Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.”.

O legislador propôs uma lista de bens e serviços comuns no anexo II do Decreto nº 3.555/2000. Este decreto sofreu alterações por outros decretos e, por fim, foi revogado pelo Decreto nº 7.174/2010.

Quanto ao referido anexo, Tolosa Filho fez as seguintes considerações no que diz respeito a necessidade de sua existência à época do surgimento do pregão: “[...]foi necessário na época em que a modalidade de pregão foi introduzida para servir de rumo aos agentes públicos, no entanto, com a características de exemplo e nunca de forma exhaustiva.”.<sup>92</sup>

Acrescenta Ulisses Jacoby que “A lei não mais exige que a definição de bens e serviços comuns conste de regulamento, deixando a decisão sobre ser ou não bem ou serviço comum ao prudente arbítrio do Administrador.”.<sup>93</sup>

E justamente por não existir a definição precisa de quais bens e serviços se enquadram no conceito de “comum” surgem as discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Alguns autores defendem que seriam comuns “[...] aqueles bens ou serviços disponíveis no mercado. Aqueles que não requeiram grandes inovações ou adaptações para atender à necessidade da Administração Pública.”.<sup>94</sup>

Existe, inclusive, uma discussão quanto a definição dos vocábulos “comum” e “simples”, que segundo Jessé Torres Pereira Junior não podem ser confundidos:

---

<sup>92</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.13.

<sup>93</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 352.

<sup>94</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 368.

"Em aproximação inicial do tema, pareceu que 'comum' também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser 'comum', no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto."<sup>95</sup>

Outro ponto frequentemente debatido pelos doutrinadores refere-se aos bens e serviços considerados complexos. Existe divergência quanto à possibilidade de um bem ou serviço complexo ser ao mesmo tempo comum, possibilitando a sua contratação por meio de pregão.

Marçal Justen Filho filia-se ao entendimento de que o pregão é incompatível a objetos que envolvam complexidade: "[...] o pregão desenvolve-se mediante procedimento bastante simples e exame superficial das propostas, o que o torna adequado para contratações que não envolvam complexidades."<sup>96</sup>

O referido autor diferencia os conceitos de objeto complexo e objeto comum, afirmando que possuem natureza distinta:

"A complexidade é uma característica inerente ao objeto, enquanto o atributo de "comum" não apresenta natureza intrínseca. Ou seja, reconhece-se um bem como complexo em virtude da sua fabricação ou prestação, por envolver conhecimento diferenciado e sofisticado, a conjugação de elementos de diferente origem e assim por diante. Já o objeto é qualificado como comum porque a sua configuração (simples ou complexa) é uniforme ou as variações são irrelevantes para a Administração."<sup>97</sup>

Sidney Bittencourt também defende a incompatibilidade do emprego do pregão nas contratações cujo objeto dependa "[...] de ponderações e estudos técnicos mais detalhados, que, em razão de suas particularidades, acabem sendo incompatíveis com a celeridade que se pretende instituir com o Pregão."<sup>98</sup>

Na mesma esteira, Lucas Rocha Furtado entende que caso a Administração necessite detalhar minuciosamente as especificações do bem ou serviço e em atendimento a essas especificações "[...]o fornecedor precisar elaborar ou produzir algo que não está

<sup>95</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1006.

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013 – p.12

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p.36.

<sup>98</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Pregão presencial: comentários ao Decreto nº 3.555/2000 e ao regulamento do pregão, atualizado pelo Decreto nº 7.174/2010: considerando as Leis nºs 10.520/2002 e 8.666/1993 atualizadas**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 85.

disponível para pronta comercialização, não nos parece adequado considerar o objeto da contratação bem ou serviço comum.”<sup>99</sup>

De modo diverso, Vera Scarpinella entende que não há impedimento de um bem ou serviço que apresente “complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução” ser contratado por meio do pregão. Acrescenta que “O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.”<sup>100</sup>

Seguindo o mesmo raciocínio da referida autora defende que “[...] o critério de julgamento pelo menor preço não impede que a Administração faça uso da licitação por pregão para aquisição de bens ou serviços que envolvam algum grau de sofisticação tecnológica.”<sup>101</sup>

Quanto ao tema, Jacoby apenas pondera quanto a necessidade de análise casuística, pois existe a possibilidade de um serviço que é regularmente contratado pela Administração como sendo comum, em outro momento assim não possa ser caracterizado<sup>102</sup>. O autor cita o seguinte exemplo:

“É o caso quando se justifica a necessidade de apreciação da capacidade técnica da empresa licitante, de forma mais apurada, por especificações ou limitações que incorporarão a prestação dos serviços. Assim, um serviço de impermeabilização, por exemplo, dependendo das condicionantes impostas pela Administração, pode ser considerado serviço comum ou não.”<sup>103</sup>

Por sua vez, Bittencourt alerta que “[...] pairando resquício de dúvida sobre a possibilidade de se enquadrar produtos ou serviços no elenco dos comuns, forte será o indício de que não são, devendo ser avaliada com firmeza a hipótese de se afastar o emprego do Pregão.”<sup>104</sup>

O Tribunal de Contas da União tem demonstrado entendimento no sentido da possibilidade de contratação de bem ou serviço dotado de complexidade, bastando apenas que seja possível a sua descrição “em padrões de desempenho e qualidade, com base em

<sup>99</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 368.

<sup>100</sup> SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

<sup>101</sup> MARINS, Vinicius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. Emprego da modalidade licitatória pregão na contratação de serviços complexos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 11, n. 124, p. 17-25, abr. 2012, p. 19.

<sup>102</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 28-33, mar. 2008.

<sup>103</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby., op. cit., p. 30-31.

<sup>104</sup> BITTENCOURT, Sidney, op. cit., p. 87.

especificações usuais de mercado. É o que se extrai da leitura do Acórdão nº 1396/2013 – TCU-Plenário:

“Sobre o uso da modalidade pregão para a aquisição da aeronave, não se vislumbra irregularidade, visto que a jurisprudência atual do TCU é no sentido de que essa modalidade deve ser empregada sempre que for possível descrever o objeto em padrões de desempenho e qualidade, com base em especificações usuais de mercado, nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2002, conforme pode ser observado nos Acórdãos TCU 2272/2006 - Plenário, 2174/2012 - Plenário, 11197-/2011- 2ª Câmara e 157/2008 – Plenário.”<sup>105</sup>

No que tange à discussão que envolve a complexidade de um bem ou serviço produzido ou executado sob encomenda, também existe divergência de opinião entre os doutrinadores quanto a possibilidade de utilização do pregão nesses casos.

De um lado cite-se o entendimento de Vera Monteiro, que diz:

“Bens e serviços que exigem alta complexidade técnica e também os que são produzidos ou executados sob encomenda não são, a priori, incompatíveis com o pregão. O fato de determinado item não estar pronto no mercado para ser consumido pode não mudar sua natureza comum.”<sup>106</sup>

Por outro lado, Marçal Justen Filho mostra-se contrário à utilização do pregão para um serviço, ainda que seja simples, caso seja produzido sob encomenda:

“[...] um bem simples pode ser considerado como não comum. Assim se passará, por exemplo, em face de bens produzidos sob encomenda. Pode existir uma atividade relativamente simples, mas que compreende variações relevantes para a Administração.”<sup>107</sup>

Pode-se afirmar que os conceitos trazidos nesse item não transmitem a segurança necessária para a Administração no momento em que deva determinar quanto à possibilidade de se utilizar o pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, pois não se definiu, de maneira precisa, até que ponto esse tipo de contratação enquadra-se no conceito de “bens e serviços comuns”.

Outro ponto conturbado refere-se aos conceitos de “obra” e “serviço de engenharia”, conforme será estudado no próximo item.

<sup>105</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.396/2013 – TCU-Plenário**. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 5/6/2013. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130606/AC\\_1396\\_20\\_13\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130606/AC_1396_20_13_P.doc)>. Acesso em 23 mar. 2014.

<sup>106</sup> MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.88.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.36.

### 3.2. *Obra e Serviço*

Antes mesmo de tentar definir se o objeto da contratação enquadra-se no conceito de “comum”, primordial distinguir se o objeto da contratação enquadra-se na definição de obra ou serviço.<sup>108</sup> Isso porque, como será demonstrado, a maior discussão gira em torno da utilização do pregão nos casos em que o objeto da contratação versar sobre serviço de engenharia.

O art. 6º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993, traz os seguintes conceitos para obras e serviços:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”

Tendo em vista a forma genérica como foram elaborados os conceitos de obra e serviço pela Lei nº 8.666/1993, pode-se afirmar que tal conceituação, ao invés de orientar o administrador, trouxe mais dúvidas. Nesse sentido diz Ulisses Jacoby:

“Verifica-se pelo aludido dispositivo que os conceitos são bastante ampliativos, assemelhando-se tanto em alguns casos que deixa o administrador público em dúvida sobre qual é o enquadramento de seu objeto na Lei de Licitações. Como exemplo verifica-se essa dificuldade logo no primeiro exemplo que a Lei propõe para serviço: ‘demolição’.”<sup>109</sup>

Em razão do dispositivo legal citado não trazer uma diferenciação nítida para obra e serviço Jacoby entende que a análise deverá ser feita no caso concreto e faz a seguinte recomendação:

“Entende-se que essa análise deve ser feita caso a caso, de forma bastante criteriosa. Pela pouca representatividade na diferença entre obra e serviço, conforme discrimina a Lei, não parece possível que se consolide um conceito geral, sem elementos que permitam a justificativa do conceito adotado. [...] Recomenda-se, ainda que a justificativa seja feita sob amparo de mais de um entendimento, podendo ser estes do departamento jurídico e de engenharia do órgão, a fim de formar uma posição melhor fundamentada ante os órgãos de controle.”<sup>110</sup>

De maneira idêntica entende Vera Monteiro que:

<sup>108</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 28-33, mar. 2008, p. 28.

<sup>109</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby., op. cit., p. 28-29.

<sup>110</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby., op. cit., p. 29.

“A maior dificuldade decorre da ausência de definição legal para obras e serviços de engenharia. [...]. O casuísmo é que prevalece, pois inexistente um critério genérico que seja adequado para solucionar todas as dúvidas. Assim, não é simples a tarefa de se distinguir claramente o que é obra e o que é serviço de engenharia”<sup>111</sup>

Segundo Jacoby, pode-se atribuir a origem do problema ao artigo 5º do Anexo I do Decreto nº 3.555/2000, que traz vedação expressa à utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia:

“A origem do problema remonta ao artigo 5º do Decreto nº 3.555/2000, que expressamente veda essa possibilidade. Sobre essa questão é preciso assentar que o Decreto aludido, tendo por objetivo regular a Medida Provisória nº 2.026/2000, de certo modo, perdeu eficácia quando essa norma foi convertida em lei. [...] Com efeito, a Lei nº 10.520/2002, que substitui a MP, não veda a contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão, mas sim estabelece um critério distinto: o de que sejam serviços comuns.”<sup>112</sup>

Verifica-se que as vedações encontram-se nos decretos que regulamentam o pregão. O Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta o pregão presencial, traz a vedação de contratação tanto de obra quanto de serviço de engenharia. Por sua vez, o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, veda apenas a utilização do pregão para contratação de obras de engenharia. Quanto às vedações disciplinadas pelos decretos regulamentadores, Tolosa Filho tece as seguintes considerações:

“[...] a vedação constante dos dois regulamentos é inconstitucional na medida em que inovam em relação à Lei do Pregão, que não prevê essas proibições. O pregão não se aplica apenas às obras e serviços de engenharia que exijam sofisticação técnica ou permitam aos licitantes a apresentação de soluções técnicas alternativas, por contrariar a definição de bem ou de serviço de natureza comum prescrita no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.”<sup>113</sup>

Ao que tudo indica, as definições constantes da Lei nº 8.666/1993 não permitem à Administração definir se em determinado certame é cabível ou não o uso do pregão, caso o objeto tratar-se de obra e serviço de engenharia. Assim, resta ao administrador público a aferição, caso a caso, da pertinência quanto ao procedimento do pregão, “[...], pois é dela a competência para analisar e decidir, em cada caso concreto”<sup>114</sup>

<sup>111</sup> MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94.

<sup>112</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 28-33, mar. 2008, p. 29-30.

<sup>113</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.7.

<sup>114</sup> MONTEIRO, Vera, op. cit., p. 96.

### 3.2.1. Obras de engenharia

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 6º, inciso I, conceitua obra como sendo “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.”.

O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP traz o seguinte conceito para obra de engenharia:

“Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.”<sup>115</sup>

Ao que parece, existe consenso entre os doutrinadores no que diz respeito à impossibilidade na utilização do pregão para a contratação de obra de engenharia, pois “a lei 10.520/02 estabelece que o pregão pode ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns. Excluída está, portanto, a contratação de obra, por mais comum que seja.”<sup>116</sup>.

Desse modo, não se faz necessário tecer maiores comentários quanto ao ponto, pois “excluindo-se obra, a dificuldade restringe-se a questão de poder ou não utilizar o pregão para contratar serviço de engenharia”.<sup>117</sup>

Conclui Jacoby que “obra não se enquadra como ‘compra e serviço comum’. Logo, não pode ser licitada por pregão.”.<sup>118</sup>

O Tribunal de Contas da União considera ilegal a contratação de obras por meio de pregão, independentemente da complexidade ou materiais necessários para consecução do objeto:

“REPRESENTAÇÃO. SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL. CONTRATAÇÃO DE UNIDADES MODULARES DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. **OBRA DE ENGENHARIA. PREGÃO ELETRÔNICO.** INEXISTÊNCIA DE PROJETO BÁSICO E ORÇAMENTO ESTIMATIVO EM PLANILHAS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA ESCOLHA DE SOLUÇÃO CONSTRUTIVA MAIS ONEROSA QUE A USUALMENTE UTILIZADA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR INAUDITA ALTERA PARTE. OITIVAS. VÍCIOS

<sup>115</sup> Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP. Orientação Técnica IBR 002/2009. Disponível em <<http://www.ibraop.org.br/media/OT%20IBR%2002-2009%20-%20Ibraop%2001-07-10.pdf>> Acesso em 23 mar. 2014.

<sup>116</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 428.

<sup>117</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, op. cit., p. 352.

<sup>118</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 359.

INSANÁVEIS. CONFIRMAÇÃO DA CAUTELAR. NOTÍCIA DE EXISTÊNCIA DAS MESMAS IRREGULARIDADES EM OUTRAS CONTRATAÇÕES. DETERMINAÇÕES. ABSTENÇÃO DE USO DE RECURSOS DA UNIÃO. IDENTIFICAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE CASOS SEMELHANTES.

1. Obra de engenharia é a alteração do ambiente pelo homem, sendo irrelevante, para sua caracterização, as técnicas construtivas utilizadas ou os materiais empregados.

2. Configura-se como obra de engenharia a construção de prédio com painéis metálicos pré-fabricados, modulares ou não, ou com qualquer outro material dito não convencional.

**3. É ilegal a contratação de obras de engenharia por pregão, especial modalidade de licitação, seja na forma presencial ou eletrônica.**

4. A existência de projeto básico, aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados, bem como de orçamento detalhado em planilhas, em licitação destinada à contratação de obra de engenharia, é formalidade essencial para a legalidade do certame e do contrato dele decorrente.

5. Quando o administrador decide por solução diversa da tradicional, ou mais onerosa que a usualmente utilizada pelos agentes públicos e privados, obriga-se a justificar sua escolha, para comprovar que ela é a que melhor atende ao interesse público e aos princípios da eficiência e economicidade.”<sup>119</sup> (destacou-se)

A legislação atualmente admite o uso do pregão apenas para bens e serviços, o que faz supor a vedação da contratação de obras. Agora, em se tratando de serviços boa parte da doutrina, bem como o TCU mostram-se favoráveis à contratação de serviços de engenharia a depender da “interpretação do conceito que a Lei pretendeu com a expressão ‘serviço comum’.”<sup>120</sup>

### 3.2.2. *Serviços de engenharia*

A Lei nº 8.666/1993 traz o conceito de serviço em seu artigo 6º, inciso II, nos seguintes termos:

“Toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2470/2013 – TCU-Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Sessão de 11/09/2013. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130916/AC\\_2470\\_35\\_13\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130916/AC_2470_35_13_P.doc)>. Acesso em 23 mar. 2014.

<sup>120</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 28-33, mar. 2008, p.32.



O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP traz o seguinte conceito para serviço de engenharia:

“Serviço de engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento”.<sup>121</sup>

Ainda que se trate de uma orientação de ordem técnica, e não de uma definição legal, pondera-se que o conceito trazido pelo IBRAOP atribui características aos serviços de engenharia que, num primeiro momento, demonstram a exigência de qualificação técnica apropriada do licitante que deseja celebrar um contrato com a Administração.

Jacoby faz a seguinte síntese para aquilo que pode ser considerado como serviço de engenharia: “a) nos termos da lei que regulamentou a profissão, estiverem elencados entre os que, para sua execução, dependam de profissional registrado no CREA; e b) a atividade de engenheiro for predominante em complexidade e custo.”<sup>122</sup>

Complementa o autor que o serviço de engenharia poderá ser classificado como comum quando “[...] as características, quantidades e qualidade forem passíveis de ‘especificações usuais no mercado’[...]” e, ainda que o serviço exija um profissional com registro no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA para execução, caso “[...] a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço.”<sup>123</sup>

Jacoby em determinado ponto de seu livro mostra-se contrário à possibilidade de se equiparar serviço de engenharia à serviço comum.

“Mesmo que lei ou decreto não venham a estabelecer vedação ao uso do pregão para licitar serviço de engenharia, parece incorreto classificá-lo como comum. Serviço de engenharia é, nos termos da compreensão exposta – quando exigível profissional e essa atividade for predominante em custo e complexidade –, serviço não-comum.”<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP. Orientação Técnica IBR 002/2009. Disponível em <<http://www.ibraop.org.br/media/OT%20IBR%2002-2009%20-%20Ibraop%2001-07-10.pdf>> Acesso em 23 mar. 2014.

<sup>122</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 358.

<sup>123</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, op. cit., p. 358-359.

<sup>124</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 358.

O próprio Tribunal de Contas admite a dificuldade existente na classificação de um objeto quando envolve serviço de engenharia. Contudo, o entendimento no âmbito daquele Tribunal é no sentido da possibilidade de utilização do pregão, desde que o serviço de engenharia seja considerado comum:

**“Por vezes, não é simples a classificação de determinado objeto como comum, mormente quando se trata de serviços de engenharia que, invariavelmente, pressupõem certa complexidade. A jurisprudência desta Corte é pacífica em admitir a utilização do pregão para contratação de serviços de engenharia, quando comuns.**

[...]

Entretanto, considero que os serviços de manutenção rodoviária não podem, indistintamente, ser considerados comuns, "de prateleira", passíveis de objetiva definição em edital. O escopo das intervenções é que definirá como comuns ou específicos os serviços e, por isso, **penso que cabe ao gestor público avaliar, em cada caso, se os serviços a serem licitados são comuns** - o que o obrigaria a utilizar a modalidade pregão - ou complexos a ponto de afastar a referida modalidade.

[...]

Nesse sentido, não considero ter havido irregularidade no procedimento da Autarquia de adotar a modalidade concorrência para escolha das empresas responsáveis pelas intervenções e reitero meu entendimento de que a classificação das atividades de conservação rodoviária como comuns apenas pode ser avaliada adequadamente em cada caso concreto.

**Não deve, portanto, ser mantida a determinação para que o Dnit sempre se utilize da modalidade pregão nas licitações de serviços de conservação de rodovias, deixando para que a questão seja avaliada pela entidade em cada processo licitatório.**

Contudo, convém dar ciência ao Dnit de que, quando da contratação de serviços comuns, aí incluídos os relativos à conservação rodoviária que possam ser objetivamente definidos em edital, a utilização do pregão é obrigatória. **O emprego de modalidade licitatória diversa apenas seria justificado diante de especificidades do caso concreto, devidamente explicitadas no processo de contratação e que deixem assente que o objeto licitado não é comum.**<sup>125</sup> (destacou-se)

Jorge Ulisses Jacoby releva a dificuldade em se contratar serviço de engenharia por pregão, pois não é fácil a tarefa de interpretação da legislação atual e a jurisprudência ainda não se mostra totalmente pacífica quanto ao tema:

**“Superar o obstáculo de dar juridicidade e legitimidade às contratações de serviços de engenharia por pregão, atualmente, pressupõe um aprimorado exercício de hermenêutica sobre a complexidade do ordenamento vigente, dos fatos sociais envolvidos, bem como das tendências da grande parcela da**

<sup>125</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3144/2012 – TCU-Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 21/11/2012. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20121126/AC\\_3144\\_48\\_12\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20121126/AC_3144_48_12_P.doc)>. Acesso em 23 mar. 2014.

sociedade envolvida – a **Lei de Licitações não é clara, as interpretações são divergentes, a jurisprudência não é uníssona.**”<sup>126</sup> (destacou-se)

### 3.3. *Jurisprudência*

#### 3.3.1. *Supremo Tribunal Federal*

Em pesquisa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não foram localizados julgados que abordassem a questão da contratação de serviços de engenharia por meio de pregão. Nas poucas decisões encontradas verificou-se a ausência da análise do mérito em razão da necessidade de “reexame do conjunto fático-probatório”, não sendo, portanto, cabível o Recurso Extraordinário, conforme as Súmulas 279 e 280 do STF:

“DECISÃO: Vistos. Thyssenkrupp Elevadores S.A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão proferido pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA LICITAÇÃO SERVIÇOS DE ENGENHARIA - PREGÃO - PEDIDO DE ANULAÇÃO DO CERTAME OU, ALTERNATIVAMENTE, DE CLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA DA IMPETRANTE - ORDEM DENEGADA APELAÇÃO - INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE ESCOLHIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI N. 10.520/02 E DO ART. 5º DO DECRETO 3.555/100 - ADMINISTRAÇÃO QUE TAMBÉM DEVE RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL LICITAÇÃO ANULADA - APELAÇÃO PROVIDA”. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Decido. [...]

Vê-se, pois, que **para a análise acerca da alegada violação dos princípios constitucionais objetos do presente recurso, seria mister o necessário reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem assim de normas infraconstitucionais utilizadas em sua fundamentação, o que se mostra de inviável ocorrência no âmbito do recurso extraordinário, a teor do que dispõem as Súmulas nºs 279 e 280, desta Suprema Corte.**

(AI 824216, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 17/02/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 27/02/2014 PUBLIC 28/02/2014)” (destacou-se)

“Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Marte Engenharia Ltda., contra ato do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU, substanciado no Acórdão nº 1615/08, que determinou à Furnas Centrais Elétricas S.A – FURNAS que se abstenha de contratar a ora impetrante, vencedora do Pregão Eletrônico PE. DAQ. G - 0413.2007. Alega a empresa que atua no ramo da engenharia consultiva e foi vencedora da citada licitação, em 22/04/2008. Relata que o TCU acolheu representação da Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE e, em

<sup>126</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 28-33, mar. 2008, p. 28.

02/06/2008 (fls. 529), determinou à FURNAS, cautelarmente, que se abstinhasse de celebrar o contrato. Tal decisão foi confirmada pelo acórdão impugnado, em 13/08/2008 (fls.627/638), que assentou a inadequação da modalidade “pregão”, para os serviços objeto do certame e que são: “serviços de engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplicio – queda única”. Para a Corte de Contas, tais serviços não podem ser tidos por “comuns”, de forma a atender ao disposto na Lei nº 10.520/2002. Por essa especial razão, devem ser licitados por meio de concorrência.

[...]

**A só controvérsia doutrinária acerca do que sejam serviços comuns, para efeito de escolha legítima da modalidade “pregão”, já aparenta, aliás, inadequação no uso deste remédio processual, eis que mandado de segurança é via sumária que não comporta investigação fática, como sugere exigir o caso.**

(MS 27596 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 29/09/2008, publicado em DJe-187 DIVULG 02/10/2008 PUBLIC 03/10/2008)” (destacou-se)

### 3.3.2. Superior Tribunal de Justiça

Do mesmo modo, em pesquisa à Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça verificou-se a ausência de análise do mérito em razão da necessidade de “reexame do edital de licitação e demais elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ”:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. RECAPEAMENTO DE ASFALTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. SÚMULA 280/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. **“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7/STJ).**

2. O alegado conflito entre a Lei 10.520/02 e a legislação municipal deve ser dirimido em recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, “d”, da Constituição Federal.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1190966/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 19/08/2011).” (destacou-se)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. LEI 10.520/2002. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS COMUNS. REVISÃO DA PREMISSE FÁTICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2000, aplicável em âmbito nacional, o pregão somente é cabível para aquisição de 'bens e serviços comuns', conceituados por lei como 'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'.

2. Na hipótese, o Tribunal a quo entendeu que o objeto do pregão questionado na Ação Mandamental - recapeamento asfáltico de vias públicas - é incompatível com a referida modalidade licitatória, máxime por envolver serviço de engenharia.

3. Nesse contexto, **a análise da legalidade sustentada pelo recorrente demanda o reexame do edital de licitação e demais elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.**

**4. Inviável a apreciação, em Recurso Especial, de matéria cuja análise dependa de interpretação de Direito local. Súmula 280/STF.**

5. Recurso Especial não conhecido.

(STJ, REsp 1190272, Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 27/09/2010).” (destacou-se)

### 3.3.3. *Tribunais Regionais Federais*

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que possui sede em Brasília e compreende as seções judiciárias do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, a Jurisprudência mostra-se no sentido de que é possível a contratação de serviço de engenharia por meio de pregão, desde que o serviço enquadre-se no conceito de comum.

Ademais as decisões fazem remissão ao entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União sobre o tema.

É o que se pode extrair da leitura da seguinte decisão monocrática:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos do Mandado de Segurança 48911-43.2012.4.01.0000, ajuizada pelo Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva – SINAENCO, deferiu o pedido de medida liminar pretendido para suspender a celebração ou execução do contrato resultante do **Pregão Eletrônico n. 419/2012/DNIT**, o qual tem por objeto a contratação de empresa com vistas a execução de apoio Técnico a Superintendência Regional do DNIT no Estado do Rio Grande do Norte e Respectivas unidades locais e **Supervisão da execução das obras do Crema (Contrato de Reabilitação e Manutenção de Rodovias) e demais obras de manutenção Rodoviária.**

[...]

5. Quanto ao mérito, ressalto que, em regra, **é plenamente cabível a utilização da modalidade pregão para a execução de serviços comuns de engenharia, nos casos em que tais serviços possuam padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos com objetividade no edital.** Cumpre verificar se os serviços descritos no edital são comuns ou possuem complexidade suficiente para afastar a utilização da modalidade pregão, **conforme entendimento do TCU.**

6. No caso, os serviços de apoio técnico abrangem a verificação e avaliação de cada etapa da obra, a elaboração de check list dos serviços

prestados pela construtora, a execução de ensaios e levantamentos, a verificação e avaliação dos padrões de desempenho para aceitação da obra, a verificação e avaliação da qualidade técnica dos demais contratos de manutenção e a execução de cadastramentos e levantamentos defletométricos e de superfície do pavimento, contagens de tráfego e sondagens com coleta de amostras.

7. O Termo de Referência discrimina pormenorizadamente a natureza e a abrangência dos serviços que serão desenvolvidos, as responsabilidades e atribuições do supervisor, bem como todas as informações essenciais ao desenvolvido do serviço licitado.

8. Ademais, o Acórdão 2.932/2011 do TCU é claro, quando, no item 9.2.3., recomenda que *“para contratação de serviços de supervisão e consultoria, realize a licitação na modalidade pregão, especificando detalhadamente os serviços que a empresa de supervisão ou de consultoria deverá prestar, ressaltando as situações excepcionais em que tais serviços não se caracterizam como “serviços comuns”, caso em que deverá ser justificada, dos pontos de vista técnico e jurídico, nos autos do processo de licitação, a utilização extraordinária de outra modalidade que não o pregão.”*

9. Assim, **não vislumbro, em princípio, a existência de complexidade técnica suficiente para recomendar a não utilização da modalidade pregão.**

Pelo exposto, DEFIRO, por ora, o pedido e suspendo os efeitos da medida liminar concedida no Mandado de Segurança 48911-43.2012.4.01.0000, em trâmite perante o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

(AG 0066121-25.2012.4.01.0000/DF, Desembargador Federal JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - data:05/11/2012)” (destacou-se)

No âmbito do TRF da 2ª Região, que possui sede no Rio de Janeiro e compreende as seções judiciárias do Rio de Janeiro e Espírito Santo, existe jurisprudência no sentido de que é possível a contratação por meio de pregão, caso o objeto da contratação seja considerado serviço comum:

“ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO POPULAR. MODALIDADE LICITATÓRIA. SERVIÇO DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DE SISTEMA DE CLIMATIZAÇÃO. PREGÃO CABIMENTO.

1. A questão versa sobre a legalidade da utilização da modalidade licitatória pregão para a contratação de serviços de engenharia, tema que enseja certa celeuma, dada a diferença de tratamento dispensado à matéria.

2. Embora houvesse no Decreto 3.555, editado sob a disciplina da Medida Provisória 2.026-3, vedação à utilização do pregão para as contratações de obras e serviços de engenharia (artigo 5º), quando da edição da Lei 10.520/02, a vedação não foi reproduzida, daí se concluir pela possibilidade de utilizar o pregão no tocante a serviços de engenharia que possam ser enquadrados como de natureza comum.

3. Não se nega que o objeto dos processos licitatórios impugnados envolve serviços de engenharia, mas a questão é saber se, a despeito disso, podem ser considerados serviços comuns.

4. **In casu, é possível a licitação na forma de pregão eletrônico para a contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva,**

**compreendendo reposição e substituição de peças, bem como execução de pequenos serviços de adequação e/ou ampliação, nos sistemas de climatização em unidades da Caixa Econômica Federal. A hipótese enquadra-se no conceito de serviços comuns, previsto no art. 1º da Lei n.º 10.520/2002.**

5. Reexame necessário desprovido.

(AC 200851010090213 , Desembargador Federal GUILHERME COUTO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data:10/07/2012 - Página:302)” (destacou-se)

No âmbito do TRF da 3ª Região, que possui sede em São Paulo e compreende as seções judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, a jurisprudência merece destaque, pois destoa dos demais Tribunais Regionais Federais. Isto porque, localizou-se precedentes quanto a não possibilidade de contratação de serviços de engenharia por meio de pregão.

**“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÕES - PREGÃO - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA - INADEQUAÇÃO**

1. Impugna-se edital de pregão eletrônico cujo objeto consiste na prestação de serviços que envolvem projetos completos de engenharia, de arquitetura, fundação e estrutura, de instalação elétrica não estabilizada, de instalação elétrica estabilizada, de telecomunicações de cabeamento estruturado (voz e dados), de telecomunicação de telefonia (voz), de automação e inteligência predial, de sistema de proteção contra descargas atmosféricas, de segurança, de sonorização, de ar condicionado/exaustão, de instalação de equipamento de transporte vertical, hidrossanitário, de combate e proteção contra incêndio e de sinalização.

**2. A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de serviços de engenharia, a teor do disposto no art. 5º do Decreto nº 3.555/2000.**

3. Rejeitada a alegação de que os serviços de engenharia a serem contratados contemplam o gerenciamento, assessoramento e apoio à fiscalização da elaboração de projetos de engenharia e, portanto, se traduzem em "serviços comuns", porquanto, ainda que envolvam fiscalização, apoio ou gerenciamento, exigiram conhecimento técnico, que a lei procurou afastar da modalidade (art. 13 e 46 da Lei nº 8.666/1993).

**4. Ainda que o pregão eletrônico se revele modalidade licitatória mais célere e econômica, não se pode deixar de aplicar a legislação específica, sob o risco de violação ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.** (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0001008-40.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 26/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/05/2012)” (destacou-se)

**“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÕES - PREGÃO - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA - VEDAÇÃO DO ART. 5º DO DECRETO 3.555/2000 - NULIDADE DO PREGÃO.**

I - Procedendo-se a uma análise acurada do edital licitatório, afere-se nele constar a prestação de serviços próprios de engenharia como objeto da licitação pública questionada, o que reclama a realização do procedimento licitatório mediante modalidade distinta do pregão, por força de vedação expressa constante no art. 5º do Decreto nº 3.555/2000.

II - Apelação e remessa improvidas.

(TRF 2ª Região, AMS 200351010062025, Relator Mauro Souza Marques da Costa Braga, Quinta Turma Especializada, E-DJF2R 03/03/2010).”

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA. LEI 10.520/02. DECRETO 3.555/00. PREGÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- O princípio da legalidade é a base em que se assenta toda a atividade administrativa. Através desse princípio é estabelecida a segurança jurídica da sociedade que, no caso das licitações, expressa-se como garantia de que haverá por parte do administrador sujeição à lei, ao ordenamento jurídico, aos princípios constitucionais e ao edital do certame.

- Trata-se o Pregão de nova modalidade de licitação introduzida pela Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, cujo regulamento fora aprovado pelo Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000.

- O Pregão é modalidade que visa, portanto, dar maior celeridade ao processo licitatório, mas instituída apenas para determinadas contratações.

**- No caso dos autos, verifica-se que o objeto da contratação não permite o uso da modalidade Pregão, eis que trata-se de contratação de serviços de engenharia, hipótese em que sua utilização é afastada pela legislação de regência, nos termos do art. 5º do Decreto nº 3555/00.**

- A modalidade Pregão destina-se apenas à aquisição de bens e contratação de serviços comuns, nos termos do art. 1º da Lei 10.520/02.

- O Decreto nº 3555/00, no Anexo II, apresenta a classificação dos bens e serviços que poderão se submeter à modalidade Pregão, nele não se incluindo serviços de engenharia.

- A própria autoridade impetrada acabou por reconhecer a ilegalidade do procedimento licitatório adotado, iniciando providências no sentido de revogar a licitação e alterar sua modalidade para Concorrência.

(TRF 2ª Região, REO 200451010001454, Relator Fernando Marques, Sexta Turma Especializada, DJU 20/07/2005).” (destacou-se)

Quanto ao TRF da 4ª Região, que possui sede em Porto Alegre e compreende as seções judiciárias de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, o entendimento mostrou-se similar ao do TRF da 3ª Região. Isto porque também existem precedentes no sentido que a contratação por meio de pregão poderá ocorrer quando objeto que se pretende licitar se enquadre na qualidade de serviço comum. Contudo, conforme precedentes abaixo, existe entendimento de que os serviços de engenharia não se amoldariam no conceito de serviço comum, em razão da complexidade que tais serviços envolvem.

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. LEI 10.520/2002. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS COMUNS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

1. Nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2000, aplicável em âmbito nacional, o pregão somente é cabível para aquisição de 'bens e serviços comuns', conceituados por lei como 'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'.

**2. Há manifesta ilegalidade na utilização da licitação na modalidade pregão para contratação de supervisão de obras do Programa CREMA**



**e demais Obras de Manutenção Rodoviária, eis que exigem serviços de engenharia.**

(TRF4, APELREEX 5059812-56.2012.404.7100, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Caio Roberto Souto de Moura, juntado aos autos em 18/07/2013)” (destacou-se)

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. LEI 10.520/2002. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS COMUNS. RECAPEAMENTO ASFÁLTICO DE VIAS PÚBLICAS. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE.

1. Nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2000, aplicável em âmbito nacional, o pregão somente é cabível para aquisição de 'bens e serviços comuns', conceituados por lei como 'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'.

**2. Há manifesta ilegalidade na utilização da licitação na modalidade pregão para a realização dos serviços de execução de pavimentação asfáltica e recapeamento asfáltico em vias urbanas, eis que exigem serviços de engenharia.**

(TRF4, AC 5004807-37.2012.404.7104, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 26/06/2013)”

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PREGÃO. OBRA E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. Na hipótese, em princípio, há ilegalidade na utilização da licitação na modalidade pregão para a realização de serviços destinados à edificação de um abatedouro de frangos (0322.745-03/2010) e à ampliação do Centro de Convivência do Idoso do Município de Salvador das Missões (348.896-89/2010). Tais serviços não são comuns, porque há complexidade na edificação dos mesmos.

(TRF4, AG 5010028-70.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 06/09/2012)” (destacou-se)

Por fim, no âmbito do TRF da 5ª Região, que possui sede em Recife e compreende as seções judiciárias de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, a jurisprudência coaduna com o entendimento da maioria. Pois, conforme se extrai dos julgados abaixo, enquadrando-se o objeto da licitação como de serviço comum de engenharia mostra-se possível a utilização do pregão.

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA PARA APOIO E ASSESSORAMENTO NO GERENCIAMENTO DA EXECUÇÃO DE OBRAS DE IMPLANTAÇÃO, PAVIMENTAÇÃO E DE ARTES EM RODOVIA FEDERAL. POSSIBILIDADE.

I. A Lei n.º 10.520/2002 e o Decreto n.º 5.450/2005 não vedam expressamente o pregão para a seleção de serviços de engenharia, simplesmente condiciona o uso dessa modalidade aos bens e serviços comuns, sem excluir espécies de serviços e de contratações.

II. No caso, **considerando-se que o objeto da licitação é contratação de serviço comum (supervisão de obras rodoviárias), com padrões de**

**desempenho e qualidade previamente definidos no edital convocatório, nada obsta a realização do pregão eletrônico.**

III. Agravo de instrumento provido.

(PJE: 08010509520134050000, RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 13/08/2013)” (destacou-se)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. LICITAÇÃO. **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 022/2012. CONTRATAÇÃO DE PROJETOS DE ARQUITETURA E ENGENHARIA. SERVIÇO COMUM.** LEI Nº 10.520/2002. ART. 1º, PARÁGRAFO 1º, DO DECRETO Nº 5.450/2005.

- Legitimidade ativa do Sindicato para propor Mandado de Segurança em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma prevista no art. 21 da Lei nº 12.016/09.

- Serviço comum, no conceito da Lei nº 10.520/2002, não é o mesmo que serviço comum na linguagem usual. Tal conceito próprio corresponde, como dito, a tudo aquilo que tenha padrão objetivo de mercado.

- O Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências, dispõe no seu art. 1º, parágrafo 1º, que "Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado".

- No presente caso, **a contratação de profissional para realização de projetos de arquitetura e engenharia se enquadra no conceito de serviço comum que tem padrão objetivo de mercado.**

- Precedente: Tribunal Regional Federal - 5ª Região; AG116514/PE; Data do Julgamento: 02/08/2011; Segunda Turma; Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado); Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 10/08/2011 - Página 467

- Apelação provida, para, reformando a sentença, denegar a segurança.

(PJE: 08000121420124058300, AC/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 05/03/2013)” (destacou-se)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. **INSTALAÇÃO DE MOPS - MÓDULOS OPERACIONAIS PROVISÓRIOS - PARA AMPLIAÇÃO DE SALAS DE EMBARQUE EM AEROPORTOS. MODALIDADE DE PREGÃO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE. ENQUADRAMENTO COMO SERVIÇO COMUM.** IMPROVIMENTO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela formulado pelo licitante vencedor com vistas a suspender os efeitos do Termo de Contrato nº 0031-EG/2010/0022 e impedir a assinatura do segundo contrato licitado.

2. In casu, como o ajuizamento da ação foi realizado pela própria empresa vencedora do certame, questionando a modalidade licitatória utilizada pela Administração Pública - da qual participara espontaneamente e na qual se sagrara vencedora -, infere-se que a Agravante somente propôs a ação em razão de ter-se arrependido da celebração dos contratos.

3. Ainda assim, como a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade estrita, segundo o qual somente pode praticar atos

expressamente previstos em lei, a escolha de modalidade licitatória incorreta conduzirá necessariamente à sua nulidade e a dos contratos dela decorrentes, podendo, por tal razão, ser alegada inclusive pela empresa vencedora do certame.

**4. Possível a realização de licitação na modalidade de pregão, nos termos do art. 1º da Lei n. 10.520/02, vez que a instalação dos Módulos Operacionais Provisórios (MOP) nos aeroportos de Teresina e de Juazeiro do Norte pode ser classificada como "serviço", a teor do art. 6º, II, da Lei n. 8.666/93 e este, por encontrar padronização e especificação de engenharia comum no mercado, é um serviço comum.**

5. Embora o serviço de instalação dos MOP's necessite, indubitavelmente, de algumas obras de engenharia, tais obras não são o objeto licitado, mas meios indispensáveis à execução dos serviços de "fornecimento, implantação, montagem e instalações de módulos operacionais - MOP para ampliação das salas de embarque e desembarque" dos aeroportos de Teresina e Juazeiro do Norte.

6. Agravo de instrumento improvido.

(PROCESSO: 00069298720114050000, AG116514/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 02/08/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 10/08/2011 - Página 467)” (destacou-se)

#### 3.3.4. *Tribunal de Contas da União*

Inicialmente, antes tratar do entendimento do Tribunal de Contas da União aos aspectos atinentes à possibilidade ou não de contratação de serviços e obras de engenharia por pregão, importante esclarecer a natureza das decisões do TCU, que, segundo Sidney Bittencourt são de “natureza eminentemente administrativa”:

“[...], não obstante as decisões do TCU comporem espécies de normas balizadoras de conduta dos agentes públicos, é de se lembrar, como anotamos em livro e artigos, que tais decisões não fazem, sob nenhuma hipótese, coisa julgada, porquanto, como controladora externa, a Corte de Contas possui natureza eminentemente administrativa, apesar dos incontestáveis poderes a ela delegados pela Constituição Federal. É certo, contudo, por não consubstanciarem decisões de natureza jurisdicional, que são passíveis de revisão por parte do Poder Judiciário. [...]”<sup>127</sup>

Quanto à competência do Tribunal de Contas, assim decidiu o STF:

“I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.[...]”

<sup>127</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Pregão presencial: comentários ao Decreto nº 3.555/2000 e ao regulamento do pregão, atualizado pelo Decreto nº 7.174/2010: considerando as Leis nºs 10.520/2002 e 8.666/1993 atualizadas**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 92.

(MS 23550, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534)

Ainda, o TCU editou súmula disciplinada o alcance de suas decisões, que não se restringe ao âmbito da União. Trata-se da Súmula nº 222 que assim dispõe: “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Registre-se que existe entendimento firmado no âmbito do TCU quanto à possibilidade de utilização do pregão na contratação de serviços de engenharia, aqueles que são considerados comuns, razão pela qual em 2010 editou-se a Súmula nº 257 que assim diz: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.”

Dentre os enunciados exarados pelo Tribunal de Contas vale destacar alguns pontos do Acórdão nº 2079/2007 – TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Vinicius Vilaça, pois traz algumas recomendações que o Administrador deve observar ao decidir utilizar o pregão para contratação de um bem ou serviço. Em especial quanto à necessidade de descrição clara e objetiva no termo de referência, fazendo-se constar todas especificações necessárias à realização do serviço almejado pela Administração:

**“50. No pregão, o cuidado que se tem que ter está em demarcar com clareza o que se quer comprar, para proteção da exequibilidade técnica e financeira do objeto, já que a fase de habilitação é desembaraçada e posterior aos lances.** É importante fazer o licitante compreender com boa precisão o que a Administração deseja, sem induzi-lo a erros nem levá-lo a se comprometer com uma proposta que não pode cumprir pelo preço oferecido. Assim, tem-se favorecida a normalidade da execução contratual e, antes disso, evita-se que a licitação vire um transtorno, com inúmeras inabilitações após aceite o preço, ou mesmo que se inabilitem licitantes por avaliações subjetivas ou não suficientemente explicitadas no edital, frustrando expectativas.

**51. De tudo isso, percebe-se que o pregão apenas é vedado nas hipóteses em que o atendimento do contrato possa ficar sob risco previsível, pela dificuldade de transmitir aos licitantes, em um procedimento enxuto, a complexidade do trabalho e o nível exigido de capacitação.** Logo, a eventual inaplicabilidade do pregão precisa ser conferida conforme a situação, **pelo menos enquanto a lei não dispuser de critérios objetivos mais diretos para o uso da modalidade.** E ousar imaginar que, pelos benefícios do pregão, no que concerne à efetivação da isonomia e à conquista do menor preço, o administrador público talvez deva ficar mais

apreensivo e vacilante na justificativa de que um serviço não é comum do que o contrário.

52. Neste caso do Pregão Eletrônico nº 13/2007, **os serviços licitados foram: instalação do canteiro, remanejamento da infra-estrutura do estacionamento externo, demolições, escavação e transporte de terra e implantação de duas vias provisórias.**

53. Constituem serviços de fácil caracterização, que não comportam variações de execução relevantes e que são prestados por uma gama muito grande de empresas. **Não era complicado passar aos licitantes as especificações desses serviços, tanto que, na prática, nenhuma empresa participante do pregão interessou-se em questionar aspectos do termo de referência,** que, segundo o § 2º do art. 9º do Decreto nº 5.450/2005, *‘é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, (...) valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.’* (grifei)

54. Como são serviços de execução freqüente e pouco diversificada, de empresa para empresa, não houve problema em conformá-los no edital segundo padrões objetivos e usuais no mercado. Mesmo quanto às estradas de acesso às áreas de escavação e do estacionamento temporário, que infundiram desconfiança na peça motivadora desta representação, consistem tão só em pequenas vias de natureza rústica e duração efêmera, que estão mais para serviço de engenharia do que para obra, e cujo valor orçado foi de 57 mil reais, dentro de 2,4 milhões.

55. Não se deve também confundir especialização do licitante com complexidade do serviço, pois o primeiro termo refere-se à segmentação das atividades empresariais, ao passo que o segundo, à arduidade do trabalho. Uma empresa especializada – não se está falando de notória especialização – pode sê-lo relativamente a um serviço comum.

56. **Para concluir, renovo que o Pregão Eletrônico nº 13/2007 do TCU tornou a licitação acessível a uma quantidade maior de interessados e, graças ao uso dessa modalidade, foi possível obter uma economia espetacular para o erário, comprovada pelos referenciais de custos mais habituais, à qual, com certeza, não se chegaria no modelo tradicional de concorrência.**

Diante do exposto, acolhendo os pareceres uniformes da Unidade Técnica e do Ministério Público, pela improcedência total desta representação, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.”<sup>128</sup> (destacou-se)

Um pouco mais recente, merece destaque o Acórdão nº 2472/2011 – TCU-Plenário, cuja relatoria pertence ao Ministro Augusto Nardes. O ponto interessante na referida decisão deve-se ao fato de que, embora a representação apresentada ao TCU questionasse a legalidade da utilização do pregão para a contratação de serviços de engenharia, a decisão do

<sup>128</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2079/2007 – TCU-Plenário**. Relator: Ministro Marcos Vinicius Vilça. Sessão de 3/10/2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20071004/TC-009-930-2007-7.doc>>. Acesso em 23 mar. 2014.

Tribunal apontou como irregularidade, no caso, a falta de clareza no momento da elaboração do Termo de Referência, pois não houve, segundo o entendimento da Corte Administrativa, indicação suficientemente precisa do objeto:

“REPRESENTAÇÃO SOBRE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO DESTINADO À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO PREDIAL, PREVENTIVA E CORRETIVA, BEM COMO O REMANEJAMENTO E INSTALAÇÃO DE CIRCUITOS ELÉTRICOS, LÓGICOS, TELEFÔNICOS E DE TV E MANUTENÇÃO DE INFRAESTRUTURA, COM FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA E MATERIAIS NECESSÁRIOS, A SEREM EXECUTADOS EM IMÓVEL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. DETERMINAÇÕES

3.1. **A representante alega que foi violado o princípio da legalidade por ter usado o pregão eletrônico para contratar, como se fossem comuns, serviços de engenharia com características de serviços singulares.** Ademais, alega que o art. 5º do Decreto nº 3.555/2000 veda ao gestor valer-se do pregão para contratar obras e serviços de engenharia.

[...]

4.1. A representante requereu a suspensão cautelar da abertura do pregão e suspensão dos atos posteriores e, no mérito, anulação do pregão eletrônico nº 7/2007.

[...]

6.4.2. **Sobre o assunto, tem-se que a recente jurisprudência do Tribunal, amparada por dispositivos da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005, tem se inclinado no sentido da necessidade da realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia (nessa linha, Acórdãos nºs 817/2005-1C, 331/2006-P, 1.329/2006-P, 286/2007-1C, 2.079/2007-P, 727/2009-P e 262/2010-P).**

6.4.4. A realização de serviços para operação e manutenção predial preventiva e corretiva das instalações não aparenta envolver grande complexidade, a ponto de inviabilizar sua realização mediante pregão.

6.4.5. Não se pode confundir o mero quantitativo de exigências do objeto a ser contratado com a natureza do serviço a ser prestado. **Os serviços apontados na representação como sendo singulares** (instalação e operação de circuitos elétricos, lógicos e telefônicos e sistemas de ar condicionado) **possuem, na realidade, padrões de desempenho e qualidade que poderiam ser definidos de forma precisa e suficientemente clara, por meio de especificações usuais no mercado.** Em outras palavras, o conjunto dos serviços que compõem o objeto do pregão eletrônico nº 7/2007 não apresenta grande complexidade, podendo ser enquadrados como serviços comuns.

6.4.6. **Mas é necessário ressaltar, no presente caso, que o objeto do pregão não foi, de fato, especificado com precisão e clareza suficientes, em afronta ao art. 9º, inc. I, do Decreto nº 5.450/2005, motivo pelo qual os responsáveis foram chamados em audiência. Ou seja, a elaboração de termo de referência sem a indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara é que configura irregularidade, e não a utilização da modalidade pregão para a contratação de serviços comuns de**

**engenharia, visto que não há vedações nesse sentido na Lei nº 10.520/2002.**<sup>129</sup> (destacou-se)

Muito embora existam diversas decisões exaradas pelo Tribunal de Contas da União que tenham se mostrado favoráveis a utilização do pregão para contratação de serviços de engenharia, existem também aquelas que, de forma muito acertada, sinalizam pela impossibilidade de utilização dessa modalidade quando não se mostrar possível descrever, objetivamente, no termo de referência os padrões de desempenho e qualidade do serviço de engenharia a ser contratado:

**“REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA. CONCESSÃO DE CAUTELAR SUSPENDENDO O CERTAME. OITIVA DA CHESF. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO COMO COMUM (ART. 1º DA LEI Nº 10.520/2002). ILEGALIDADE. DETERMINAÇÃO À CHESF, NO SENTIDO DE QUE PROMOVA A ANULAÇÃO DO CERTAME.**

**É incabível a licitação na modalidade pregão para a contratação de serviços de engenharia que se revelem complexos e cujos padrões de desempenho e qualidade não possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado**

Trata-se de representação efetuada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE contra atos praticados pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - Chesf na condução do Pregão Eletrônico PG-1.92.2008.4860, cujo objeto foi descrito pelo edital, nos seguintes termos:

"Execução de serviços de análise das oportunidades, visando oferecer suporte conceitual, metodológico, analítico e operacional para subsidiar a CHESF em suas avaliações estratégicas relativas à implantação de novos empreendimentos de geração e transmissão de energia, de acordo com a Especificação Técnica ET-DE-002/2008"

**2. A referida Associação acusou como irregular a escolha pela Chesf da modalidade pregão eletrônico para a contratação de serviços profissionais especializados de engenharia,** visto que não estariam eles abrangidos pelo conceito de bens e serviços comuns contido no art. 1º da Lei nº 10.520/2002. A autora da representação argumentou que "Os serviços a contratar apresentam elevado nível de complexidade técnica, não se enquadrando na categoria de serviços comuns como estabelece a lei e decretos que a regulamentam".

3. Informou, também, que a Decisão nº 0074/2007 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - Confea é contrária "à contratação pelo setor público de obras e serviços de engenharia, arquitetura e agronomia por pregão". Ponderou, ainda, que este Tribunal, por meio do Acórdão nº 1615/2008-Plenário (juntado às fls. 35/43), decidiu "pela não aplicação da modalidade pregão a serviços dessa natureza, motivado por Representação desta Associação, contra pretendida contratação, por Furnas Centrais

<sup>129</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2472/2011** – TCU-Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 19/04/2011. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110429/AC\\_2472\\_12\\_11\\_2.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110429/AC_2472_12_11_2.doc)>. Acesso em 23 mar. 2014.

Elétricas S.A, de serviços técnicos que não se enquadram nos dispositivos legais mencionados".

[...]

6. A natureza e complexidade do objeto licitado impedem seja ele classificado como comum. Observo que **foram relacionados, no termo de referência, relatórios técnicos e seminários a serem produzidos sobre temas altamente complexos**, como, por exemplo, "avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica nuclear"; "revisão de análise de investimentos, análise de projetos e o uso do método do Fluxo de Caixa Descontado, em suas diversas variantes, além das especificidades da avaliação de Project Finance, tanto para projetos de transmissão como de geração", entre outros.

**7. Não é possível, dada a conformação do mencionado serviço, classificá-lo como comum. Isso porque não possui padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado**, consoante exige o comando contido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2003. Na verdade, **a descrição desse objeto revela de forma imediata e com clareza seus contornos singulares e a impossibilidade de seja classificado como comum. Entendo, por isso, que a irregularidade apontada pela ABCE - licitação de serviços especializados mediante pregão - restou caracterizada.**"<sup>130</sup>  
(destacou-se)

Pelo demonstrado, o entendimento da maioria, tanto doutrina quanto jurisprudência, tem-se se mostrado no sentido de que, sim, é possível a utilização do pregão para contratação de serviços de engenharia.

Por sua vez, quanto à obra de engenharia o entendimento mostrou-se pacífico quanto a impossibilidade de utilização do pregão para contratação desse tipo de objeto.

Contudo, não se pode deixar de registrar que existem entendimentos em sentido diverso, pela impossibilidade de utilização do pregão para contratação de serviços de engenharia, ainda que tentem enquadrar a descrição do objeto como sendo comum. Entendimentos esses que não devem ser descartados, pois revelam argumentos importantes e que devem ser considerados.

<sup>130</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2545/2008. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 12/11/2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20081119/025.153%202008-5-MIN-BZ.rtf>>. Acesso em 23 mar. 2014.



## CONCLUSÃO

Ainda que de maneira bastante sucinta, rememorou-se neste estudo conceitos e particularidades que envolvem as contratações públicas, definições importantes e necessárias para boa compreensão da modalidade denominada pregão.

Dentre os princípios estudados, merece destaque o da legalidade. Isto porque, segundo este princípio, a Administração tem as suas atividades vinculadas ao que está previsto em lei. Apenas algumas situações possui certa margem de discricionariedade na tomada de suas decisões.

A obrigação de que a Administração utilize o processo licitatório decorre de comando constitucional, conforme pode se verificar na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI.

E em razão dessa norma constitucional editou-se a Lei nº 8.666/1993, que instituiu as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

O artigo 22 da referida lei disciplina cinco modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.

Vale ressaltar que, muito embora exista vedação expressa na Lei nº 8.666/1993 quanto à criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades nela referidas, por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que foi convertida na Lei nº 10.520 de 2002, acrescentou-se nova categoria: o pregão.

O pregão foi pensado para solucionar um problema que existia no modelo tradicional de licitação, qual seja, o excesso de burocracia em contratos que envolvessem objeto comum. Pois não fazia o menor sentido utilizar o mesmo procedimento tanto para licitar a construção de uma usina hidroeétrica quanto para comprar papel.

Mas vale ressaltar que o contrário também mostra-se verdadeiro, ou seja, não parece prudente licitar a construção de uma rodovia utilizando-se do mesmo procedimento de que se dispõe para a compra de canetas.

Quanto ao problema proposto no presente estudo, a respeito da utilização ou não do pregão para contratação de obras ou serviços de engenharia, demonstrou-se que é pacífico o entendimento de que não é possível quando o objeto se tratar de obra de engenharia, restando apenas averiguar o cabimento para serviços de engenharia.

Agora, a grande celeuma gira em torno da possibilidade de enquadrar esse tipo de serviço ao que a lei denomina “comum”, pois a Lei nº 10.520/2002 trouxe um conceito muito aberto para o termo: “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Contudo, essa conceituação para o termo “comum” não facilita nem um pouco a tomada de decisões pela Administração. Aliás, a discussão tanto na doutrina quanto jurisprudência decorre justamente desse conceito inadequado. Até porque na maioria dos casos mostra-se perfeitamente possível a descrição do objeto contendo as especificações usuais no mercado.

Não restam dúvidas quanto à vantajosidade na utilização do pregão, pelo fato dessa modalidade apresentar maior celeridade em seus procedimentos, o que, a princípio, mostra-se um fator que contribui na redução de custos para Administração Pública ao celebrar ajustes cujo objeto configure bens e serviços de natureza comum.

Contudo não se pode ignorar a existência de fragilidades nesse tipo de licitação, o que a torna incompatível com o objeto que, para sua execução, envolver certa complexidade e for necessária a verificação da capacidade técnica do licitante. Isto porque, o procedimento que envolve o pregão é simples e o exame das propostas é feito de maneira superficial.

Ademais, obras e serviços de engenharia pressupõem que a contratação observe a capacidade técnica do licitante, tratando-se, pois, de serviço de natureza intelectual. Mas, conforme já demonstrado, o pregão trata-se de um procedimento licitatório que possui o menor preço como critério de julgamento.

Desse modo, apoiando-se novamente ao princípio da legalidade, cabe à Administração observar o que está disposto em lei. E, em se tratando de serviço de natureza intelectual, caberá a observância do que dispõe a Lei nº 8.666/1993, que estabelece para esse tipo de contratação o critério de julgamento da “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

É lógico que trata-se de uma análise casuística e que em determinadas situações, embora o serviço seja de predominantemente de engenharia, mas que não envolvam maiores complexidades e nem exista possibilidade de a Administração sofrer prejuízo em decorrência da inexecução de um contrato, pode-se até ser considerada a possibilidade da utilização do pregão.

De fato, hoje existem interpretações divergentes em relação às normas que regem o pregão, bem como a jurisprudência, mesmo após anos da instituição dessa modalidade, não se mostra uníssona.

Desse modo, tendo em vista que, dificilmente, o legislador conseguiria, por meio da edição de uma lei ou decreto, estabelecer uma lista precisa de todos aqueles serviços e bens que são passíveis de contratação por meio do pregão, mostra-se necessário um juízo de ponderação por parte da Administração no momento da escolha da modalidade adequada para celebração de contratos com particulares.

Assim, caso existam dúvidas quanto o enquadramento do bem ou do serviço no conceito de “comum, ou ainda, caso o procedimento se mostre incompatível com a complexidade que o serviço exigir para sua execução, a possibilidade de se utilizar o pregão deve ser afastada, com o intuito de proteger a Administração de futura inexecução do contrato e danos ao erário.

Tal alerta se deve ao fato de que existe certa tendência de a Administração optar pelo emprego do pregão em todas as contratações públicas, tendo vista tratar-se de um procedimento mais célere, mas que pode desencadear problemas graves, conforme já apontado.

## REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 2. ed. rev. e ampl. 4. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ANDRADE, Fernanda Alves; PEREIRA, Melissa de Cássia. Aquisição de bens e serviços complexos mediante pregão: aspectos normativos, jurisprudenciais e práticos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 55-59, jul. 2010.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo: a nova modalidade de licitação para União, Estados, Municípios e Distrito Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2004.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão presencial: comentários ao Decreto nº 3.555/2000 e ao regulamento do pregão, atualizado pelo Decreto nº 7.174/2010: considerando as Leis nºs 10.520/2002 e 8.666/1993 atualizadas**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MANUEL, Luiz Eduardo Coimbra de. Notas sobre as licitações por pregão e as frauds: breves reflexões e a desconstrução de um mito. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 10, n. 116, p. 43-49, ago. 2011.

COPOLA, Gina. Obras e serviços comuns de engenharia podem ser licitados através de pregão?. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 9, n. 107, p. 45-48, nov. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 28-33, mar. 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Comissão de licitação e pregoeiro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 83, p. 40-56, nov. 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. 9. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

MARINS, Vinicius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. Emprego da modalidade licitatória pregão na contratação de serviços complexos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 11, n. 124, p. 17-25, abr. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão: Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Silvio Freire de. O pregão e os serviços de engenharia. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 7-16, mar. 2008.

MOTTA, Fabrício. Sanções administrativas na modalidade licitatória pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 56-69, out. 2009.

MUKAI, Toshio. Conceito e princípios da licitação: os elementos e instrumentos jurídicos do direito administrativo que compõem e ajustam o tema ao direito público. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo: NDJ, junho 2003.

NASCIMENTO, Lafaiete Luiz do. A contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v.1, n.1, p. 69-74, jan/dez 2006.

PALMIERI, Marcello Rodrigues. O pregão: aspectos práticos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/424>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

PALVÉRI, Marcelo. Pregão: possibilidade de ser adotada a modalidade para licitar serviços de engenharia. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 6, n.70, p. 55-60, out. 2007.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida; MALTAROLLO, Adriano de Sousa. Pregão em obras e serviços de engenharia. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 6, n. 69, p. 7-22, set. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005,

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.